

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES

Presentada por el doctorando:

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ

Bajo la dirección de:

PROF. DR. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

PROF. DR. JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

Granada, 1 de marzo de 2012

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Luis Ángel Triguero Martínez
D.L.: GR 2320-2012
ISBN: 978-84-9028-130-7

“La sociedad que rehúsa la naturalización al extranjero que le haya dado pruebas nada equívocas de su adhesión, y de haber perdido el amor al país donde nació, y que así su residencia no puede serle peligrosa, presta un claro convencimiento de que ignora los derechos que tienen los hombres a ser miembros de la sociedad universal”.

Máximas y principios de la legislación universal, ANTONIO ALCALÁ GALIANO,¹

¹ ALCALÁ GALIANO, A., *Máximas y principios de la legislación universal*, edición y estudio preliminar “Los dilemas del liberalismo originario en la España del Siglo XIX”, de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2006.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I.- PLANTEAMIENTO GENERAL: LOS DERECHOS SOCIALES Y LA CIUDADANÍA SOCIAL	19
1.- UN POCO DE HISTORIA: EL ANTECEDENTE DE LOS DERECHOS SOCIALES	19
2.- PREMISA. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES. PRESUPUESTOS PREVIOS	33
2.1.- Los derechos sociales como categoría jurídica	33
2.1.1.- El origen y la razón de ser de los derechos civiles, políticos y sociales: su concepción como derechos humanos y su evolución generacional.....	42
2.1.2.- La interdependencia y comunicabilidad entre todos los derechos humanos. Dificultades taxonómicas	47
2.1.3.- Los valores inspiradores y la dimensión de ciudadanía plena originada por la concepción conexas de los derechos civiles, políticos y sociales	50
2.2.- Delimitación conceptual de los derechos sociales	55
2.2.1.- Caracterización técnico-jurídica.....	55
A) Los derechos sociales como derechos humanos subjetivos de carácter fundamental de titularidad individual.....	56
B) La universalidad de los derechos sociales y su alcance jurídico-político..	61
C) Los derechos sociales como protectores del hombre socialmente situado	63
D) La impronta desmercantilizadora de los derechos sociales.....	65
E) Los derechos sociales como coayudantes para la realización de la igualdad material	66
2.2.2.- Significado político-jurídico de los derechos sociales: las políticas internacional y europea.....	69
A) Derecho Internacional	70
A.1) Las Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales.....	70
A.2) La Organización Internacional del Trabajo: los Convenios.....	74
B) Derecho Europeo	77

B.1) El Consejo de Europa: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta Social Europea.....	77
B.2) La Unión Europea: los derechos sociales en el Derecho Comunitario82	
i) Los derechos sociales en el sistema de Tratados de la Unión Europea	83
ii) Los instrumentos comunitarios en materia de derechos sociales.....	92
La Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989	93
La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, en su versión consolidada de 2007	96
iii) El sistema de garantías. Breve evolución de su eficacia.....	101
3.- LAS APORÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES: SU “EXIGIBILIDAD”, “JUSTICIABILIDAD” Y “EFICACIA”	103
3.1.- El dilema del carácter programático y la posible pérdida de efectividad (“exigibilidad”) de los derechos sociales. Condicionalidad y posibles acciones positivas.....	104
3.2.- La efectividad. El problema de la “justiciabilidad” de los derechos sociales: estrategias técnico-jurídicas.....	108
3.2.1.- Los derechos sociales fundamentales. El garantismo jurisdiccional.....	111
3.2.2.- Los derechos sociales: el garantismo social.....	113
3.3.- La “eficacia” real plena de los derechos sociales: la ciudadanía social.....	115
4.- EL MARCO POLÍTICO-JURÍDICO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL ESTADO SOCIAL Y LA POLÍTICA SOCIAL	121
4.1.- El Estado social y la política de evolución hacia un Estado social del bienestar: significación e implicaciones	121
4.2.- La acción política del Estado social: la política social como medio de realización de los derechos sociales. Su conceptualización	130
4.3.- La intervención normativa como instrumento de la política social en el marco del Estado social	133
CAPÍTULO II.- EL DERECHO SOCIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES ANTE LA INMIGRACIÓN. LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO-SOCIAL PROTECTOR PARA LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EXTRANJEROS	135

1.- LA PLURIDIMENSIONALIDAD DE LA INMIGRACIÓN	135
1.1.- Derechos humanos fundamentales y realidad inmigratoria: entre el fenómeno y la dimensión estructural de la sociedad. Perspectiva socioeconómica.....	136
1.2.- Los derechos humanos fundamentales de las personas inmigrantes en el Estado social y democrático de derecho. Perspectivas político, jurídica y garantista	147
1.3.- La inmigración económico-laboral: ¿una nueva cuestión social?.....	156
2.- INMIGRACIÓN Y DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES: RECONOCIMIENTO, INCLUSIÓN Y CIUDADANÍA	160
2.1.- La inmigración: un desafío para los derechos humanos fundamentales. Especial referencia a los derechos sociales fundamentales	161
2.1.1.- El paradigma de su universalidad: las personas inmigrantes	169
2.1.2.- La pretensión de la igualdad material: el camino hacia la integración y reconocimiento de las personas inmigrantes	173
2.2.- Ciudadanía e inmigración: hacia una ciudadanía plena en el marco de una sociedad cosmopolita.....	175
3.- EL MARCO POLÍTICO-JURÍDICO DE LA INMIGRACIÓN: LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA SOCIOJURÍDICA DE INMIGRACIÓN	181
3.1.- La política de inmigración comunitaria: significación, sentido y alcance en el Derecho de la Unión Europea e implicaciones actuales.....	182
3.1.1.- Los orígenes de la política migratoria de la Unión Europea.....	182
3.1.2.- La comunitarización de la política de inmigración	186
3.1.3.- La política comunitaria de inmigración en el vigente Derecho Comunitario. Perspectivas de futuro	196
3.1.4.- La interacción de las políticas migratorias comunitaria y nacional ...	202
3.2.- El proceso de institucionalización de la política de inmigración en el Estado social autonómico español.....	208
3.2.1.- Antecedentes: el inicio de la construcción del modelo normativo en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Deberes de los Extranjeros	210
3.2.2.- El carácter evolutivo de la institucionalización de las políticas jurídicas de inmigración: las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social .	214
3.2.3.- Delimitación del modelo vigente y sus rasgos caracterizadores	236

A) Los principios de la política migratoria. Análisis político-jurídico	237
A.1) La coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea..	240
A.2) La ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con la situación nacional de empleo.....	241
A.3) La integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía.....	243
A.4) La igualdad efectiva entre mujeres y hombres	244
A.5) La efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley.	247
A.6) La garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las Leyes reconocen a todas las personas	249
A.7) La lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas	249
A.8) La persecución de la trata de seres humanos.....	250
A.9) La igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social	250
A.10) La promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo.....	253
B) El modelo de política de integración social como eje de la política jurídica de inmigración	254
C) Política jurídica migratoria y Comunidades Autónomas: marco competencial.....	263
3.3.- Breve recapitulación jurídico-crítica.....	276
CAPÍTULO III.- EL MODELO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE RECONOCIMIENTO Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS INMIGRANTES	279
1.- PRECISIONES APRIORÍSTICAS TÉCNICO-JURÍDICAS	279
1.1.- La noción jurídica de extranjero.....	279
1.2.- Los derechos constitucionales de los extranjeros.....	284

1.3.-La comunicabilidad e interdependencia entre los derechos: remisión.....	300
2.- DERECHOS SOCIALES DE LIBERTAD	302
2.1.-Derecho de reunión y asamblea	303
2.2.- Derecho de asociación.....	311
2.3.- Libertad de sindicación	318
2.4.- Derecho de huelga.....	334
2.5.- Derecho de negociación colectiva.....	348
3.- DERECHOS SOCIALES DE PRESTACIÓN	360
3.1.- Derecho a la Seguridad Social	362
3.1.1.- Nivel contributivo	366
3.1.2.- Nivel no contributivo	375
3.1.3.- El paradigma de una política jurídica de exclusión y de mercantilización del trabajador extranjero inmigrante: el derecho a la prestación por desempleo y su nueva modalidad de capitalización	380
A) La exclusión del derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero en situación administrativa irregular. Análisis jurídico-crítico conjunto de la doctrina del Tribunal Supremo y de su incorporación en la vigente Ley Orgánica 4/2000	381
A.1.)- Autorizaciones administrativas y derecho a la protección por desempleo.....	385
A.2.)- La interpretación restrictiva del artículo 36.3. Remisión, planteamientos de fondo, análisis jurídico-crítico y plasmación en el nuevo artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.....	387
A.3.)- El empleador ante la exclusión de la protección por desempleo del trabajador extranjero en situación administrativa irregular.....	395
A.4.)- La imposibilidad de la modificación de la situación administrativa de la persona extranjera por el ejercicio del derecho a la prestación por desempleo.....	396
B).- La mercantilización del trabajador extranjero: el retorno capitalizando la prestación por desempleo	398
B.1) - Régimen jurídico del repensado derecho al retorno voluntario	400
i) La nueva forma de capitalización del desempleo	401
ii) Ámbito subjetivo.....	403

iii) Requisitos y gestión de la prestación	405
iv) Derechos reconocidos a los beneficiarios	407
v) Las ayudas complementarias tendentes a favorecer el retorno	409
B.2)- Sentido y alcance del repensado derecho al retorno voluntario: balance y perspectivas de futuro.....	410
3.2.- Derecho a la protección frente a situaciones de dependencia	412
3.3.-Derecho a los servicios sociales	415
3.4.-Derecho a la asistencia sanitaria.....	425
4.- EL DERECHO A TRABAJAR Y EL DERECHO AL TRABAJO: ENTRE LA LIBERTAD Y LA PRESTACIÓN.....	446
4.1.-El derecho al trabajo de los extranjeros en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social	453
4.1.1.-Política jurídica de acceso al empleo de la persona extranjera inmigrante	459
4.1.2.- La igualdad de condiciones en el trabajo	469
4.2.- El derecho al trabajo de los extranjeros como personal laboral de la Administración Pública	470
4.3.-El derecho al trabajo de los penados extranjeros	474
4.4.- Efectos protectores del ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas extranjeras en situación administrativa irregular.....	481
4.5.- El derecho al trabajo en cuanto derecho laboral básico del estatuto de derechos de la persona extranjera trabajadora.....	487
5.- LOS DERECHOS DE ACCIÓN PROCESAL. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	491
5.1.- El derecho al recurso de amparo: contextualización.....	497
5.2.- El derecho a la asistencia jurídica gratuita	499
5.3.- El derecho al intérprete para la persona extranjera	504
6.- EL SISTEMA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN.....	505
CONCLUSIONES	517
BIBLIOGRAFÍA	538

INTRODUCCIÓN

La presencia de personas inmigrantes extranjeras en España es una realidad social evidente. Asimismo, no se ha de obviar que el flujo de llegada de personas nacionales de terceros Estados que escogen ser inmigrantes en España ha decaído. Como también lo es el hecho del retorno a sus países de origen o a otros Estados en busca de más y mejores oportunidades.

La negativa situación económica y del mercado de trabajo español son los pilares esenciales sobre los que se asienta esta circunstancia, junto a las políticas jurídicas puestas en marcha derivadas de la misma, que, ilógicamente, han afectado de un modo directo a los derechos humanos fundamentales de estas personas extranjeras inmigrantes. Por su parte, estas políticas, han experimentado claros avances y retrocesos en forma de mayor o menor apertura de fronteras -en concordancia con la Unión Europea- y ofrecimiento de posibilidades de integración social a través de la regulación, más o menos restrictiva, según el momento, de derechos; o bien configurando legalmente los mismos -o nuevos- bajo los criterios de necesidad y mercantilización.

Desde esta premisa, en el marco de una inmigración económico-laboral, la finalidad básica perseguida con la realización de este trabajo de investigación es la exposición, manifestación y análisis de las oscilaciones y variaciones que ha sufrido tanto la ordenación jurídica², como el modelo derivado de política jurídica nacional de reconocimiento en forma de titularidad, ejercicio y garantías del conjunto de derechos sociales fundamentales de las personas inmigrantes extranjeras en España.

A tal fin, es necesario también acotar el espacio temporal. España, durante bastantes años del siglo XX ha sido país de emigración, hasta llegar a ser país de inmigración a finales del mismo. En esta última conformación, han sido constantes las referencias jurídico-legales, políticas y doctrinales al fenómeno de la inmigración extranjera. Frente a la implícita coyunturalidad que conlleva este término, explícitamente no se ha de considerar tal desde finales del siglo pasado. Así lo demuestra el hecho de que la extranjería e inmigración han estado -y están- presentes en el centro del debate político, social, jurídico y económico desde, aproximadamente,

² Con rotundidad se ha manifestado que *cabe afirmar con seguridad que dondequiera que aparecen seres humanos, encontramos siempre una ordenación jurídica*, STAMMLER, R., *La génesis del derecho*, Comares, Granada, 2006, pp. 9-10.

mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, con la primera ley reguladora de la misma en España -Ley Orgánica 7/1985-, hasta la actualidad, las novedades introducidas por las últimas reformas en esta materia –Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la vigente Ley Orgánica 4/2000-. Obviamente, sin descartar las perspectivas de futuro que se atisban en un horizonte próximo a raíz de planes de acción política y decisiones político-jurídicas tomadas en las últimas fechas, tanto a nivel comunitario como nacional, algunas de las cuales ya se han ido introduciendo progresivamente y que, por tanto, han encontrado refrendo en la legislación española.

Una vez concretados la finalidad del análisis y su ubicación temporal, merece una justificación clara y evidente la elección del tema objeto del trabajo de investigación que se introduce. En primer lugar, se ha de tener presente que los derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras han sido estudiados y abordados cuantitativa y cualitativamente por bastantes y diferentes sectores de la doctrina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pero también lo han sido, entre otros y paradigmáticamente dentro del ámbito jurídico, por sectores doctrinales del Derecho Internacional Público, Filosofía del Derecho, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, etc. Sin olvidar, la atención debida y prestada por otros ámbitos de conocimiento como la Ciencia Política, la Economía, la Demografía, la Sociología, la Antropología, etc. Ello es así porque la presencia de personas extranjeras inmigrantes es una realidad que requiere de un conocimiento y estudio transversal por parte del derecho, sin desconexión con los otros ámbitos de conocimiento apuntados a título ejemplificador.

En segundo lugar, por el marcado carácter sociolaboral de la inmigración extranjera que llega a España y que está presente en la sociedad, en lógica conexión con su conformación como económico-laboral, corresponde al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social un papel preponderante en el análisis de los derechos sociales fundamentales de estas personas, a las que se ha de adicionar la condición de trabajadoras. Un rol acrecentado cuando esta rama del ordenamiento jurídico es considerada como el germen y el paradigma del modelo de Derecho Social. Es por ello por lo que esta condición de la persona, la de trabajadora, trasciende, en muchos casos, a la de nacionalidad, ofreciéndose en su marco una regulación jurídico-constitucional y legal conforme al sentido y alcance de la universalidad de la persona trabajadora y la protección brindada por los derechos sociales en el marco del modelo citado. Así lo ha

venido reflejando y manifestando la doctrina constitucional y la jurisprudencia –en suma, el derecho judicial- en la construcción del estatus jurídico del trabajador inmigrante extranjero. Sin embargo, ello no ha impedido que hayan estado presentes luces y sombras en la regulación de estos derechos y en la lucha por ellos³, replegándose el auténtico y genuino sentido y alcance de los mismos a los vaivenes e intereses, en este caso concreto, del legislador en consonancia con los intereses políticos y económicos.

Por ende, en tercer lugar, no se realiza en las siguientes páginas, capítulos y epígrafes una mera revisión, a modo de recopilación glosadora, de los distintos análisis y enfoques de los derechos sociales fundamentales de las personas inmigrantes extranjeras. Se trata, ante todo, de repensar, reconcebir y comprender el verdadero significado e implicaciones de los derechos sociales de las personas extranjeras inmigrantes, atendiendo y teniendo presentes las particularidades que presenta este colectivo en un modelo de Estado social y democrático de Derecho como el español definido constitucionalmente –*ex* artículo 1.1-.

Destaca así, en cuarto lugar, la perspectiva y concepción social con y la que se realiza el estudio del modelo, frente a otras lógicas y concepciones, no por ello incorrectas o mejorables de otros ámbitos científicos. Es más, ha sido la constante necesidad de que impere una lógica social la que ha impulsado muchas de las reformas experimentadas en la regulación jurídico-legal de los derechos sociales de estas personas. Sobre todo, porque no se ha de olvidar que son los principales protagonistas de esta inmigración. El legislador ha tenido siempre presente este trasfondo, haciéndolo muchas veces expreso no sólo en el texto legal correspondiente, sino en las motivaciones justificadoras de las modificaciones introducidas. También en estas decisiones, claramente, ha influido el poder político y la concepción de la inmigración extranjera que tuviese sobre una base ideológica más liberal o más social.

Esta última influencia, a buen seguro, en quinto lugar, generará más cambios – también en forma de avances y retrocesos- en fechas venideras, continuando estando la inmigración extranjera en la agenda jurídico-política. Por más que el legislador haya

³ Se ha de tener presente que, en este sentido, *la lucha es el trabajo eterno del derecho*, con lo que, derivado de ello, es una certeza que solamente *luchando se alcanza un derecho*, VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho*, con estudio preliminar “Ihering y la lucha por el Derecho” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2008, p. 85.

tratado en los últimos años de dotar de la mayor estabilidad de las posibles al bloque normativo regulador de la extranjería e inmigración en España por medio de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la anterior, para evitar la inestabilidad legislativa de comienzos del presente siglo, la difícil coyuntura nacional actual, así como la persistencia e insistencia de la Unión Europea en la legalidad –técnicamente, mejor, regularidad administrativa- de la residencia de las personas extranjeras desde una óptica securitaria, así lo dejan entrever. En cualquier caso, sí se ha de advertir, que posibles cambios, *a priori*, no deberían afectar a la construcción dogmático-jurídica sobre la que se halla asentada la actual titularidad y ejercicio de derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras inmigrantes⁴. Una doctrina que fue desarrollada de forma brillante, acertada y en coherencia con el auténtico y genuino sentido y alcance de los derechos sociales fundamentales en las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 – analizadas pormenorizadamente en los capítulos siguientes- causa, a su vez, de la última reforma legal acaecida a finales del año 2009. *A posteriori*, a lo mejor se ven afectados colateralmente, pero en ningún caso se han de desnaturalizar ni vulnerar su contenido esencial. Si no es así, la sombra de inconstitucionalidad, una vez más, planearía sobre el supuesto concreto que se trate y el derecho afectado.

Por otra parte, al margen de que, posteriormente, aparezcan concisamente definidos en sus correspondientes capítulos y epígrafes, es clave apuntar, si quiera brevemente, un conjunto de concepciones básicas a considerar desde ya para esta investigación, a modo de anotaciones conceptuales previas aclaratorias dotantes de sentido inicial al conjunto del trabajo para su correcta y progresiva comprensión global. Todo ello aún a riesgo de sistematizar y simplificar en exceso conceptos jurídicos y de política del derecho que, analizados y desarrollados en profundidad –como se realiza posteriormente-, seguro tienen un mayor significado y alcance del que se pueda apuntar inicialmente. Sobre todo, para el profesional del ámbito jurídico conocedor ya de la

⁴ Es clave, al respecto, la función de estabilización que ejerce la dogmática, como advirtiera ESSER, citado por LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1980, p. 221.

realidad social concreta de la inmigración extranjera sobre la que opera y a la que se aplica el derecho. Pero, tampoco, excluyéndolo⁵.

En este sentido, en términos generales, se ha de considerar a la persona extranjera como aquella que no es nacional de los Estados miembros de la Unión Europea. A esta persona, si se le suma la condición de inmigrante, implícitamente conlleva que se considere a la misma en su condición de trabajadora. Se justifica este sentido por lo nuclear de lo sociolaboral en el marco de la inmigración extranjera económico-laboral: la persona inmigrante extranjera que llega a España tiene la finalidad de trabajar para optar a conseguir un mejor nivel de vida que el que dejó en su país y sociedad de origen. Esta persona, como tal y por esta simple condición, tiene un conjunto de derechos humanos fundamentales vinculados a un elenco de valores consustanciales a los mismos, como es el caso de la dignidad, la igualdad, la libertad o la solidaridad. Los derechos sociales, en cuanto parte de los derechos humanos fundamentales, en aras de corregir situaciones de desigualdad material, son derechos universales de la persona con marcado carácter desmercantilizador, igualitario, solidario, libertario e inclusivo. Y, por último, la realización efectiva de los mismos mediante una adecuada política social, dota a la propia ciudadanía también de un marcado carácter social, junto a unas notas de igualdad e inclusión claves en la configuración del vigente modelo de Estado social, en el marco del constitucionalismo social.

Desde estas puntuales precisiones apriorísticas, se delimita, a continuación, el trabajo de investigación y su objeto. El mismo es la elaboración y realización de un análisis jurídico-crítico esclarecedor de conjunto, a la luz del constructo teórico-dogmático de los derechos sociales de la persona en cuanto derechos humanos fundamentales, para repensar los mismos en la actualidad, a fin de que éstos adquieran plena significación y funcionalidad, convergiendo así, desde una lógica integradora⁶, teoría y práctica social, derecho y política del derecho. En ello, asimismo, es clave

⁵ Se ha expresado que una dimensión esencial de la comprensión de una institución es la propiedad en el uso de las palabras, CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, con estudio preliminar “La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2002, p. 187.

⁶ Considerando al Derecho como elemento de la formación social en cuanto integración de la dogmática en la sociedad, MONEREO PÉREZ, J. L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 332-343.

detectar las insuficiencias o disfuncionalidades, con lo que se realizan e incluyen también propuestas técnicas y jurídico-políticas de mejora tendentes a corregir la situación detectada y considerada como tal.

A tal fin, es consustancial el juego entre los auténticos significados jurídico-políticos explícitos derivados de la regulación establecida en la Constitución y la Ley en concordancia con el Derecho Internacional y Comunitario y, por otro lado, de los implícitos, el significado encubierto y trasfondo perseguido por el constituyente o el legislador en consonancia con el marco jurídico internacional. En este sentido, adicionalmente, se presenta como trascendental la nota de fundamentalidad de los derechos: ésta, en unos casos, derivará formalmente *stricto sensu* de su ubicación y protección constitucional, mientras que, en otros casos, la misma tendrá un alcance eminentemente material. Esta fundamentalidad, formal y material, tiene para los derechos sociales un rol relevante, al instalarlos, tanto en titularidad como en ejercicio, en una posición esencial para la protección de la persona y su situación en el seno de la sociedad en la que se encuentra, dotando de contenido y facilitando la realización efectiva del resto de los derechos humanos fundamentales, bien sean civiles, políticos o de tercera generación –o solidaridad–.

Este conjunto de planteamientos encuentra un claro y evidente reflejo en el propio título de este trabajo: los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes. Si se presenta algún atisbo de duda en relación a la idoneidad del mismo, puede surgir en relación al término inmigrantes, pues para que formalmente fuese correcto debería de haberse incluido y sumado el término extranjeros. Coloquialmente, cuando se menciona a los trabajadores inmigrantes, por la realidad de la presencia de personas extranjeras en España, se concibe a los mismos sumando implícitamente esta última condición. Ello no obsta a que, formalmente, pueda ser inmigrante cualquier persona nacional que haya decidido emigrar de una a otra parte dentro de la geografía también por motivos laborales. No se da a entender esta concepción hoy día, ya que la misma se superó al quedar lejanos ya determinados períodos histórico-políticos del siglo pasado en las que la emigración sí era una constante. Si bien, no se ha de olvidar, que, en el marco de la coyuntura actual, cada vez son más personas las que tratan de buscar oportunidades fuera.

Para ello, en el primer capítulo del presente trabajo, se ha optado por plantear y analizar los derechos sociales y la ciudadanía social desde una perspectiva y óptica

general, pero nunca perdiendo de vista a las personas extranjeras inmigrantes. En este sentido, se han establecido y desarrollado un conjunto de presupuestos previos sobre los derechos sociales como categoría jurídica -destacando sus orígenes, dificultades taxonómicas y valores y dimensiones inspiradoras-, para, posteriormente, delimitarlos conceptualmente desde su caracterización técnico-jurídica y su significado político-jurídico, tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Europeo. Todo ello sin descuidar la merecida atención y estudio de la exigibilidad, justiciabilidad y eficacia de los derechos sociales, concibiéndolas previamente como las aporías de los mismos. Y, finalmente, se ha ubicado a toda esta construcción teórica sobre los derechos sociales en el marco político-jurídico en el que éstos adquieren plena efectividad y por la que se desarrollan: el modelo de Estado social de Derecho y la política social.

Ya en el segundo capítulo, partiendo de las concepciones generales, significación e implicaciones del paradigma del Derecho Social, se aplica el mismo a las personas inmigrantes extranjeras trabajadoras, tratando de acotar e identificar la progresiva construcción de un estatuto jurídico-social protector para éstas. En esta dirección, se parte de la pluridimensionalidad de la inmigración extranjera económico-laboral, tratando de conectar un conjunto de planteamientos reales socioeconómicos y sociolaborales con los derechos humanos fundamentales de las personas extranjeras inmigrantes. Tras ello, son analizados, particularmente, los derechos sociales fundamentales de las personas integrantes de este colectivo en términos de reconocimiento, inclusión y ciudadanía desde los postulados generales inherentes a los mismos aplicados a la inmigración extranjera. Cierra este capítulo un estudio detallado de la paulatina construcción histórica y actual de la política sociojurídica de inmigración extranjera, tanto en el ámbito comunitario –prestando atención a los instrumentos jurídicos y documentos políticos, con las debidas perspectivas de futuro- como en el ámbito nacional, las distintas leyes orgánicas reguladoras de la extranjería e inmigración y sus reformas⁷, su institucionalización, los rasgos caracterizadores del modelo vigente atendiendo a la realidad del Estado social autonómico y los posibles desafíos que se puedan presentar.

⁷ Paradigmático de esta circunstancia es que se haya entendido que *el Estado, como máquina de hacer leyes, no se contenta con mudarlas, sino que agrega incesantemente leyes nuevas a las leyes antiguas*, GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS, J., *Los hombres frente al derecho*, Comares, Granada, 2010, p. 40.

Por su parte, en el capítulo tercero se desarrolla y estudia concisa y pormenorizadamente el modelo de reconocimiento, ejercicio y garantías jurisdiccionales de los derechos sociales fundamentales en el marco de la Constitución española. Tras acotar particular y técnico-jurídicamente la noción de extranjero, definir los derechos constitucionales de éstos sobre la base también de la doctrina del Tribunal Constitucional, así como mantener la comunicabilidad e interdependencia entre todos los derechos, en función de su principal carácter de libertad o de prestación, son analizados el conjunto de derechos sociales fundamentales posibles de incluir en unos o en otros. Esta clasificación, no implica que se considere que los derechos catalogados en uno o en otro no presenten también caracteres inherentes y propios del otro grupo. Los presentan, porque, por encima de ello, son derechos sociales fundamentales de la persona que forman parte del conjunto de los derechos humanos intercomunicados e interdependientes.

En la exposición de cada uno de estos derechos, se atiende a su configuración en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a su configuración constitucional y a su definición, sentido y alcance legal, destacando no sólo la evolución experimentada, sino teniendo presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y la influencia directa que presenta en la regulación vigente y en las políticas derivadas de los mismos, en unos casos en forma de restricción y exclusión y en otros en forma de inclusión. Con idéntico esquema y carácter, por su indefinición precisa entre los caracteres de libertad y prestación, se analiza el derecho a trabajar y el derecho al trabajo de los distintos casos particulares que se pueden dar para las personas extranjeras, en conexión directa con la política jurídica de acceso al empleo y la igualdad en las condiciones en el trabajo.

Teniendo también caracteres de libertad y de prestación, se han separado de la inclusión en ambos grupos el conjunto de derechos de acción procesal. Éstos, compartiendo esquema de proceder analítico con los anteriores, se han reunido y conjuntado desde la concepción previa de la importancia que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo como derecho fundamental universal de la persona, sino también por el rol garantista del conjunto de los restantes derechos y/o intereses legítimos de la persona. Desde el mismo, en cuanto parte del contenido esencial del anterior, se aborda el derecho al recurso de amparo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho al intérprete de la persona extranjera. Cierra este capítulo un

análisis particular del sistema de garantías jurisdiccionales del conjunto de los derechos sociales fundamentales establecidos en la Constitución, con la particularidad de realizarse en conexión directa con la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Con ánimo de concluir, no alargando más esta presentación introductoria, todos los contenidos incluidos en la estructura de los capítulos sucintamente apuntados, son directamente relacionados con el ámbito y significación del amplio Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. Aunque el derecho regulador de la inmigración y extranjería en España se ha consolidado transversalmente con el paso de los años, este sector o rama del ordenamiento jurídico es clave en el análisis de la inmigración extranjera en España. Sus concepciones sobre el trabajo y la persona trabajadora son esenciales para aportar luz en la debida comprensión social e inclusiva de la presencia de personas extranjeras inmigrantes en la sociedad Española del siglo XXI. De ello se da cuenta, progresiva y constantemente, en las siguientes páginas que conforman el conjunto de la investigación aquí introducida.

CAPÍTULO I.- PLANTEAMIENTO GENERAL: LOS DERECHOS SOCIALES Y LA CIUDADANÍA SOCIAL

En aras del conocimiento del auténtico sentido y alcance que tienen hoy en día los derechos sociales en el marco del Estado social y democrático de Derecho en el que se encuadran -para cuyo desarrollo son imprescindibles y herramientas básicas con la pretensión de hacer reales los fines e intenciones del mismo-, es necesario partir de una serie de planteamientos históricos y analíticos sobre los mismos, a modo de punto de partida para el conjunto del estudio.

1.- UN POCO DE HISTORIA: EL ANTECEDENTE DE LOS DERECHOS SOCIALES

En el nacimiento de los derechos sociales tuvo una importancia trascendental -en cuanto antecedente remoto- la Revolución Industrial, acontecimiento histórico considerado como uno de los factores incidente y decisivo en el paso de la Edad Moderna a la Edad Contemporánea⁸. En este cambio de un gran período histórico a otro, se encuentra el salto cualitativo y cuantitativo preciso en el que se produce una transición clave. Acontece el paso de una sociedad preindustrial, precapitalista -cuyo centro de producción era el taller artesano de pequeña escala- con una forma de producción artesanal organizada gremialmente y carente de desarrollo; a otra netamente industrial, capitalista -cuyo centro de producción era la gran fábrica⁹- con un avance vertiginoso a cualquier precio y a costa de cualquiera, presentando una incidencia directa en los aspectos sociales, económicos, políticos y jurídicos.

⁸ HARTMANN, J., *Esquema de la historia, desde la prehistoria hasta el siglo XX*, Mirasol, Argentina, 1964, *passim*.

⁹ Esta fábrica, desde los comienzos, concentró en un mismo lugar a los trabajadores y a los trabajos que, en el sistema anterior, desarrollaban su actividad y producían a domicilio, respectivamente. Asimismo, se empezaron a usar las máquinas, se aplicaron las innovaciones tecnológicas que se iban descubriendo, se comenzó a aplicar la división del trabajo y la especialización del trabajador en tareas concretas, etc. Es decir, tuvo lugar una verdadera revolución. *Vid.*, DELLA ROCCA, G., y FORTUNATO, V., *Lavoro e organizzazione. Dalla fabbrica alla società postmoderna*, Editori Laterza, Bari, 2006, pp. 6-11.

Ahora bien, este cambio a la sociedad industrial no se produjo simultáneamente en todos los países y en las mismas fechas, sino que la Revolución Industrial hace referencia a un proceso que tuvo su germen en Inglaterra y que, inicialmente, se fue extendiendo por determinados países del continente europeo y, posteriormente, de igual forma, al continente americano y asiático. Por tanto, a grandes rasgos, se puede concebir el hecho histórico de la Revolución Industrial como un período de años en los que se sucedieron cambios tecnológicos, económicos y sociales acelerados de gran calado, a través de los que Inglaterra, en la segunda mitad del siglo XVIII y, desde entonces, la gran mayoría de todos los Estados europeos y norteamericanos, así como Japón, pasaron de una sociedad agraria, artesanal, estática y precapitalista, a otra industrial, capitalista y capaz de una mayor expansión económica.

De esta manera, si, por un lado, se encuentra que para el nacimiento del Derecho Social y de los derechos sociales fue un factor económico-social primordialmente el desencadenante -Revolución Industrial y cuestión social resultante-, no hay que olvidar, por el otro, un factor de carácter político-jurídico, como es la Revolución Burguesa y el establecimiento consecuente de un nuevo orden: el liberalismo¹⁰. Éste supuso, en su perspectiva político-ideológica, una transformación sobre el planteamiento de que el Estado liberal -y su núcleo de derechos- implicaba la atribución al individuo del derecho a disfrutar de un espacio propio en el que se determinase libremente, sin interferencias o impedimentos por parte de otros sujetos, fuesen públicos o privados¹¹. Es decir, un liberalismo en su máxima expresión individualista. En su aspecto económico y jurídico, este liberalismo trajo consigo la consagración del dogma de la autonomía de la voluntad a través de la libertad de trabajo¹² y su consecuencia más inmediata: la generalización del trabajo asalariado y del mercado de trabajo como instituciones sociales básicas del trabajo por cuenta ajena, fruto de la reconducción de éste a los mismos principios reguladores del mercado de bienes y factores de producción.

¹⁰ Para una comprensión completa del mismo en Europa, *vid.*, DE RUGGIERO, G., *Historia del liberalismo europeo*, traducción de C. G. POSADA, Comares, Granada, 2005. Especialmente, para su significación, las pp. 349-442. Igualmente, *vid.*, POLANYI, K., *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, prólogo de J. E. STIGLITZ, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 185-282.

¹¹ ZILIO GRANDI, G., *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 5.

¹² *Vid.*, ilustrativamente, CASTEL, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del asalariado*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 170-182.

El trabajo se constituyó en una mercancía vendida y comprada en un mercado, sujeta a la ley de la oferta y la demanda. Esto supuso la concepción de la relación que unía a trabajador y empleador desde una óptica de derecho privado individualista y posesivo: como un contrato que los ponía de acuerdo respecto al salario o condiciones en las que se debía desarrollar la actividad laboral, sin un sistema de garantías exteriores al propio intercambio en sí¹³.

Pero es que, como factor social, de igual forma, a lo largo de los años que ocupó este proceso de transición, a la misma vez que se estaba destruyendo la sociedad preindustrial y estaba en construcción una sociedad de clases presidida y dominada por la burguesía, ésta no sólo contempló la decadencia y desplome de los privilegiados -sus antagonistas tradicionales-, sino que fue testigo del nacimiento y desarrollo de un movimiento social de vital importancia en el seno de unas sociedades de carácter industrial: el movimiento obrero. En su nombre, se plantearon distintas posibilidades al orden económico implantado y vigente: el capitalismo¹⁴.

Este movimiento de nuevo cuño tuvo su origen en dos elementos. El primero, la toma de conciencia colectiva; y, el segundo, la solidaridad de la clase trabajadora, ya que los integrantes de ésta pensaban que la unión del proletariado como clase explotada podría poner término a las injusticias de un sistema de marcado carácter liberal-capitalista para el que la persona y su trabajo -la fuerza de trabajo- en cuanto una mercancía más, eran incluidos en el libre mercado sometido a la ley de la oferta y la demanda¹⁵. Es entonces cuando decidieron ser fuertes en su condición de nuevo

¹³ CASTEL, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, cit., p. 189. MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la <<cuestión social>>”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I, 2001, p. 202. MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2009, pp. 31-33. Exponiendo el carácter insostenible del arrendamiento de trabajo en la sociedad industrial sobre la libertad de trabajo y la subordinación, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares, Granada, 2011, pp. 109-126.

¹⁴ *Vid.*, en su totalidad, RIPERT, G., *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*, con estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., “La organización jurídico-económica del capitalismo. El derecho de la economía”, Comares, Granada, 2001.

¹⁵ Esta toma de conciencia de las necesidades de los trabajadores constituye el paso previo a la construcción intelectual de los contenidos de la mentalidad social y de los derechos sociales, posteriormente perfilados y desarrollados en el siglo XX. También hay que tener presente que es a lo largo de la historia cuando se va formando el concepto: desde el substrato genérico de la idea de comunidad entre los hombres, pasando por el siglo de las luces y la concepción clásica de los derechos humanos, hasta su conceptualización por la filosofía política y por la doctrina académica. *Vid.*, al respecto, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de*

movimiento social en la sociedad industrial¹⁶, pasando a la acción para sentar las bases de un orden más humano y más justo que el que estaba generando la traslación de los principios liberales a la regulación del trabajo asalariado.

En un primer momento, las acciones al respecto tenían un marcado carácter violento y de rebelión, no sólo ya contra los patronos o empleadores por las condiciones duras de trabajo, sino también contra las máquinas y las fábricas¹⁷, pues entendían que el trabajo se había deshumanizado y que el progreso en la producción y actividad económica industrial bajo el signo del capitalismo suponía un retroceso en las condiciones personales, sociales y laborales de la persona trabajadora.

Posteriormente, en un segundo momento, tras comprobarse que todas estas acciones no daban el resultado esperado sino muy al contrario, se pasó a acciones de carácter más moderado en su sentido formal pero no en su sentido teleológico, pues la finalidad era la misma pero en esta ocasión con tintes más políticos¹⁸ a través de la reivindicación del reconocimiento del derecho de asociación. En este sentido y como un paso al frente adicional, se fueron creando asociaciones de trabajadores que se caracterizaron por una lucha permanente para la defensa de sus intereses mediante la vía de la negociación con el poder político para que atendiese sus reivindicaciones sociales y laborales¹⁹. Éstas, desde su nacimiento, sufrieron serios avances y retrocesos respecto a su reconocimiento y actuación, circunstancia que les llevó en algunos casos a estar en la clandestinidad; en otras ocasiones a estar reconocidas parcialmente; y, finalmente,

filosofía jurídica y política), Dykinson, Madrid, 1999, pp. 8-56; IBÍDEM, “Los derechos sociales: apuntes políticos y jurídicos”, en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, AA. VV., ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M^a I. (eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2010, pp. 19 y ss.

¹⁶ Desde esta concepción, *vid.*, GUILLEM MESADO, J. M., *Los movimientos sociales (en las sociedades campesinas e industriales)*, UNED Alzira, Valencia, 2003, pp. 105-214.

¹⁷ Como fue el caso del *Luddismo*, término con el que se hace referencia al antimquinismo, es decir, al conjunto de acciones violentas de sabotaje y destrucción de máquinas e incendio de fábricas enteras. Fue el obrero tejedor inglés Ned Ludd quien protagonizó por vez primera una acción de destrucción de máquinas, dando origen su apellido al término. *Vid.*, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho Sindical Español*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 57.

¹⁸ El paradigma de tal situación es el *cartismo*, que supuso el primer ensayo de los obreros para unirse en congresos y coordinarse en una disciplina común.

¹⁹ Como fue el caso de la aparición de algunos sindicatos por oficios en determinados países. El supuesto de Inglaterra con las *Trade Unions* es ilustrativo al respecto. *Vid.*, HERRERO NIETO, B., “Las actitudes de las Trade Unions ante los nuevos métodos de racionalización del trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 12, 1951, pp. 56-80.

como tales, cuando en España, con carácter pionero, en 1887 se promulgó la Ley de Asociaciones, en la que se recogió específicamente el derecho de asociación.

Todas estas actuaciones dieron lugar a la consideración del movimiento obrero como el elemento subjetivo de lo que se conoció como cuestión social, porque supuso la percepción de ésta como problema político²⁰. Con ella, se hace referencia, a lo largo del siglo XIX, a todo un conjunto de disfuncionalidades y problemas presentes en la sociedad industrial -fruto del sistema liberal-capitalista implantado y de las medidas realizadas por el poder público- para la consecución de la máxima liberalización jurídico-institucional de los mercados y de la fuerza de trabajo necesaria para el avance de la industrialización y la acumulación del capital²¹. Entre ellos, se pueden destacar desde la degradación de los niños y las mujeres por su explotación laboral, la pobreza²², niveles salariales insuficientes²³, el desempleo, las condiciones de trabajo insostenibles

²⁰ Para MENGER la dimensión constitutiva de la idea de cuestión social es la política, por encima de la jurídico-social. Lo considera así porque sólo cuando la cuestión social adquiere carácter político es cuando decide intervenir a través de una legislación inicialmente excepcional. *Vid.*, en profundidad, MENGER, A., *El Derecho Civil y los Pobres*, con estudio preliminar “Reformismo Social y Socialismo Jurídico” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 1998, pp. 18-19. En el mismo sentido y trasladándolo al caso español, MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., cit., pp. 80-82.

²¹ HEPPLÉ, B., “Introducción”, en *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, AA. VV., HEPPLÉ, B., (comp.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, p. 25. Asimismo, se defiende que la visión de la cuestión social desde la perspectiva política está conectada con el nacimiento e importancia progresiva de la representación de la clase obrera, como ocurrió con los primeros sindicatos que se fueron creando. VERKINDT, P. Y., *Le droit du travail*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 5-6. Igualmente, *vid.*, VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Comares, Granada, 2011, pp. 18-24. MONEREO PÉREZ, J. L., “Reformismo Social y Socialismo Jurídico”, estudio preliminar a la obra de MENGER, A., *El Derecho Civil y los Pobres*, cit., pp. 26-27. También destaca la referencia a las *cuestiones sociales*, según las particularidades concretas que presentase ésta en cada uno de los Estados o incluso en regiones de éstos, MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2006, p. 31.

²² Tenía importancia la denominada por Marx *Ley de la Tasa de Beneficio Decreciente*, por la que el empresariado, ante un sistema de libertad de mercado y la necesidad de reducir costes de producción, optaba por reducir el coste de la mano de obra.

²³ Predominaba la llamada *Ley de Bronce de los Salarios*, por la que los trabajadores sólo debían percibir, a cambio de su trabajo, una remuneración que les garantizase sólo su supervivencia. Para CASTEL, fue la indignidad de la situación salarial el talón de Aquiles del liberalismo y, como consecuencia, la debilidad social de aquellos que tenían la condición de asalariados, CASTEL, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del asalariado*, cit., pp. 206-207. Desde una perspectiva dogmática, tratando de realzar las peculiaridades y axiología del salario como contraprestación jurídico-contractual, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *La configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001, *passim*.

y las huelgas²⁴; hasta, resultado de lo anterior, la ordenación jurídica de los primeros sindicatos como representación de la clase obrera. Pero no se ha de olvidar la conexión de ésta no sólo ya con el factor económico en el cual tiene su origen, sino también en su perspectiva social, de política legislativa social y, de forma derivada posteriormente en el tiempo, con la cuestión jurídico-política de los derechos sociales²⁵.

En suma, como el conflicto industrial estaba servido, el movimiento obrero trataba de romper y dinamitar un estado de clases polarizado y organizado de arriba hacia abajo por el conjunto de los sectores políticos y económicos. En éste, una minoría de ciudadanos poseedora de los medios de producción -como era el caso de la burguesía transformada en la nueva clase del empresariado- bajo el amparo del régimen liberal-capitalista, ejercía una explotación de carácter social y laboral sobre la mayor parte de los ciudadanos integrantes del nuevo modelo de sociedad industrial: aquellos poseedores de la fuerza de trabajo que tenían la condición de obreros²⁶. Es aquí donde adquiere importancia otro de los ejes de reivindicación de este movimiento, ya que eran constantes sus solicitudes de una serie de mejoras concretas en las condiciones laborales que, sin duda alguna, humanizasen más el trabajo.

En el conjunto de esta labor adquirieron gran importancia todo un elenco de protestas, a modo de insurrecciones, provocadoras de desórdenes sociales ante las que el poder público intervino con medidas represoras orientadas a una defensa de los derechos individuales frente a la acción colectiva, como fue el caso de la prohibición del asociacionismo profesional o la prohibición de huelgas, entre otras. Era así porque solamente estaba percibiendo las consecuencias de este sistema instaurado, pero no sus causas; es decir, desorden frente a un sistema injusto socialmente. Pero es que también, frente a esta dimensión, se percibió una de carácter propositivo, fundamentalmente, por

²⁴ En su conjunto, lo que un sector de la doctrina ha calificado como miseria de la condición obrera, MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., cit., pp. 38-44.

²⁵ CALVO GONZÁLEZ, J., “La cuestión social desde la filosofía del derecho”, prólogo a la obra de MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, cit., pp. XIV y XVII. La autora incide en la influencia que las distintas doctrinas sociales españolas tuvieron para la construcción de la categoría jurídica de los derechos sociales.

²⁶ Ambos grupos o clases formaban una misma sociedad pero existía entre ellos una brecha o fractura por sus costumbres, sus ideologías y sus visiones del mundo, al ser diametralmente opuestas. Es en esta dimensión en la que sustenta TÖNNIES su definición de cuestión social, TÖNNIES, F., *Desarrollo de la cuestión social*, Labor, Barcelona, 1933, p. 13.

parte del sector del empresariado a través, por un lado, de experimentos en sus propias fábricas, como es el caso paradigmático de OWEN²⁷, y por el otro, solicitando una intervención minimalista a los poderes públicos para que acotasen los excesos que se estaban produciendo -y producidos- a fin de mantener el sistema pese a la injusticia social, pues por encima de todo se consideraba negativa una intervención mayor porque no debían de entrometerse en unas relaciones entre hombres concebidos como libres e iguales.

En esta intención tuvo un rol imprescindible, básico y elemental el nacimiento y desarrollo de una corriente jurídico-política antagonista a la liberal-capitalista imperante. Y es que el movimiento obrero se vio fuertemente respaldado, identificado e impulsado por el socialismo, especialmente el democrático, por su reformismo y utilización del Estado. Era éste el que se pretendía ampliar en su base de apoyo mediante la participación de los trabajadores en las instituciones a fin de que, desde ellas y su derecho, se posibilitase la elevación de la clase obrera y la transformación democrática del Estado²⁸. Esta concepción le llevó a convertirse, en sus inicios, en eje

²⁷ Fue un industrial dueño de una empresa de hilaturas cerca de Glasgow que se incluyó dentro de la corriente de los denominados “socialistas utópicos”, ya que sus propuestas estaban muy alejadas de la realidad y de su extensión e implantación a todo el sector industrial. Algunas de ellas son: el trabajo debería ser la medida del valor; instauración de establecimientos de intercambios de productos por medio de bonos cuya unidad era la hora de trabajo rendida, la instauración de comunidades agrícolas donde no existiese la propiedad privada; calidad de trabajo realizado ligado a la calidad de vida del obrero, etc. En conexión, propugnaba la creación de economatos, comedores y escuelas para obreros. Asimismo, pasó a la historia por conseguir formar un gigantesco sindicato, la *Great Trade Union*, con cerca de quinientos mil miembros, ante lo que el gobierno reaccionó alarmado y lo declaró ilegal. Para profundizar en la vida y pensamiento de este autor, *vid.*, MORTON, A. L., *Vida e ideas de Robert Owen*, Ciencia Nueva, Madrid, 1968.

²⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de filosofía jurídica y política)*, cit., pp. 43-44. Profundizando en este planteamiento, MENGER partió de la idea de que al igual que los movimientos políticos tendían a la consecución de sus fines mediante unos derechos políticos, el socialismo tiende a sus fines a través de unos derechos económicos, que son: *el derecho al producto íntegro del trabajo* -el bien que es producido por una persona debe pertenecerle a ella y, si es producido por varias, sólo lo que haya añadido por su trabajo-; *el derecho a la existencia* -cada bien debe pertenecer a la persona que tiene una necesidad más apremiante-; y, como derivación de éste último, *el derecho al trabajo* -todo ciudadano en estado de trabajar, si no encuentra trabajo en el ámbito privado, lo puede pedir al Estado o al municipio-. En consecuencia, con estos tres derechos se elimina la propiedad privada, se asegura la conservación de la existencia del individuo y se le proporciona a éste un trabajo ordinario y/o el pago de un salario. Esto conduce al respeto a la identidad y a la diferencia de los trabajadores en la sociedad. Asimismo, desde estos postulados y en aras de la organización de un estado democrático del trabajo, quedan reflejados toda una serie de aspectos esenciales relativos a la forma de ordenar este modelo político-jurídico: la soberanía ha de estar separada del pueblo y del jefe del Estado, para ubicarla en el Estado; debe existir un modelo republicano que coloque al mismo nivel los derechos económicos y políticos; el poder legislativo se debe de estructurar en un sistema bicameral, con una cámara electiva -se admite la participación de la mujer- y otra aristocrática, que tomen decisiones de

central de un paradigma, ahora joven y consolidado, que estaba en ciernes: el Derecho Social.

El Derecho Social se articuló principalmente como respuesta a la cuestión social a partir de una serie de novedades propias²⁹. La primera, la sustitución de la igualdad formal entre contratantes por la de desigualdad material, origen de un trato diferenciado que se hizo patente en la legislación social mediante principios de interpretación a favor del trabajador o en cláusulas protectoras. La segunda, el reconocimiento progresivo, por una parte, de la personalidad del sindicato como actor jurídico y, por otra parte, de los instrumentos de autotutela colectiva como el derecho de huelga, fruto de la asunción de la existencia de relaciones colectivas de trabajo; es decir, la introducción de las ideas de una dimensión colectiva y de mediación social. La tercera, la ampliación de las funciones asignadas al Estado: su intervención mediando en las relaciones laborales entre empleador y trabajador generando mecanismos de negociación; protegiendo a la parte más débil; y actuando de árbitro en los conflictos entre capital y trabajo porque la riqueza generada ya no sólo se medía en base al resultado económico, sino también por otros factores como la igualdad y la equidad. Y la cuarta, la responsabilidad de carácter objetivo como nuevo criterio de asignación de responsabilidad para los accidentes y enfermedades de trabajo, dando lugar a una modificación de los criterios de asignación de responsabilidad civil.

Así, desde el mismo momento de su nacimiento y novedades introducidas, se hacen notar ya una serie de rasgos propios de este paradigma³⁰. Por un lado, el tratarse de un derecho de grupos, porque el individuo se beneficia de él en la medida de su

interés público, admitiéndose en cualquier caso el referéndum; el poder ejecutivo se debe de dividir entre las autoridades económicas, para cuidar de los asuntos económicos, y la autoridades de orden, para el mantenimiento de los intereses existentes y el orden exterior; la religión no cabría como resultado de la concepción positivista del mundo que se sostiene; etc. Como consecuencia de hacer realidad el estado democrático del trabajo, el estado se convierte en el gran propietario de bienes, el orden jurídico socialista domina sobre el derecho privado, sufriendo éste último una notable transformación, y se lleva a cabo la introducción de todo un conjunto de normas socialistas. *Vid.*, al respecto, MENER, A., *El derecho al producto íntegro del trabajo. (El Estado Socialista)*, con estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., "Derechos sociales y Estado Democrático Social en Anton Menger", Comares, Granada, 2004, *passim*.

²⁹ Las cuales quedan muy bien sistematizadas en ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *El umbral de ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 12-15. *Cfr.*, en el mismo sentido, IBÍDEM, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de Luigi FERRAJOLI, Trotta, Madrid, 2002, pp. 52-56.

³⁰ EWALD, F., "Le droit du travail: une légalité sans droit?", *Revista Droit Social*, núm. 11, 1985, pp. 723-728.

pertenencia a un grupo social; originariamente los trabajadores, pero hoy en día muchos más -mujeres, ancianos, inmigrantes extranjeros, etc.-. Por otro lado, es un derecho que trata de equiparar, de igualar, pues tiene la concepción de las relaciones legales a partir de la desigualdad material y de oportunidades. Y, por último, encontrarse enlazado con una sociología propia que tiene como finalidad principal la indicación de las relaciones sociales adecuadas³¹. En este sentido, como se ha apuntado, una de las primeras y principales manifestaciones históricas del Derecho Social es la aparición del Derecho del Trabajo. Es así por su ligazón con una característica propia de las sociedades industrializadas -el trabajo como medio de integración social- y por el intervencionismo público en la organización del mercado de trabajo mediante una legislación que sería adjetivada como social de carácter protector³².

Desde esta corriente se defendió, en relación a la situación existente, que no solamente tenían que ser escuchadas y tenidas en cuenta el global de las reivindicaciones del movimiento obrero, sino que correspondería el poder al conjunto de personas que estaban haciendo efectiva y real el total de la vida social y económica de una sociedad, es decir, los trabajadores. Así, una de las iniciales manifestaciones del Derecho Social se encuentra en estrechísima relación con los derechos vinculados a la situación del trabajador y del trabajo asalariado. En consecuencia, uno de los primeros momentos de consolidación de éstos derechos tiene que ver con la idea de la centralidad del trabajo, idea consustancial y transversal a las teorías emancipatorias del siglo XIX y XX³³, como es el caso del marxismo. Es decir, el trabajo se utiliza como una categoría básica para entender la sociedad, las divisiones de clases, las luchas de emancipación, la

³¹ RADBRUCH concibió que la esencia del Derecho Social era la consideración del individuo como ser social. Consecuencia de ello, las relaciones jurídicas no sólo se deben de concebir como un asunto de las personas en ellas implicadas, sino también como un asunto social, como una relación social, RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, con estudio preliminar “La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 1999, pp. 162-163

³² Dentro de este paradigma y en conexión con el trabajo y la aparición del Derecho Social del Trabajo, MENGER define a ésta como *una legislación que se endereza a proteger a los débiles contra los fuertes y a asegurar a aquéllos, cuando menos, una parte mínima de los bienes necesarios para vivir*. MENGER, A., *El Derecho Civil y los Pobres*, cit., p. 147. En idéntica dirección y concretando en el caso español, CAZZETA, G., *Estado, juristas y trabajo. Itinerarios del Derecho del Trabajo en el Siglo XX*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, pp. 52-54.

³³ Una evolución sistemática de las mismas, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 28-43.

explotación, etc.³⁴. Por tanto, el nacimiento y desarrollo del Derecho Social quedará marcado por el intento de codificación jurídica de los conflictos relacionados con el trabajo asalariado en cuanto conjunto completo de normas alrededor de los principios político-jurídicos del liberalismo, de las que aquéllas eran una consecuencia de éstos, realizado por el Derecho Privado³⁵.

Pero es que además, con las pretensiones de este modelo en ciernes, implícitamente, también se estaba contradiciendo el régimen capitalista. Así, lo que se trataba era la construcción de un Estado obrero organizado de abajo hacia arriba y basado en la posesión democrática de los sistemas de producción, que serían administrados por los mismos trabajadores. Es por ello por lo que valores como la igualdad -tanto formal como material-, la solidaridad o el bien colectivo fueron consustanciales desde un primer momento al mismo para la construcción de un orden social justo³⁶ a través de vías más o menos pacíficas, como la revolución o la reforma sociales, atendiendo al grado de radicalidad con los que estos ideales fuesen interpretados.

³⁴ MARX, C., *Contribución a la crítica de la economía política*, Comares, Granada, 2004, pp. 1-38. Analizando la actualidad de los análisis marxistas entre la continuidad, la renovación y las rupturas, MONEREO PÉREZ, J. L., *La tradición del marxismo crítico*, Comares, Granada, 2011, pp. 39-102. Asimismo, una sistemática teorización marxista sobre el trabajo por cuenta ajena, MONTROYA MELGAR, A., “El trabajo por cuenta ajena y las predicciones marxistas (apuntes para un estudio)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151, 2011, pp. 622-631.

³⁵ Es decir, los códigos del Derecho Privado no respondían a la lógica de la igualdad promulgada por el liberalismo, puesto que privilegiaban a unos individuos sobre otros, constituyéndose así en un derecho de clase que era contradictorio internamente con el principio de igualdad formalmente reconocido. Es frente a esta situación contra la que el paradigma del Derecho Social lucha. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la << cuestión social >>”, cit., p. 204. Una obra de referencia clásica para el análisis de esta situación producida para el caso concreto alemán es la de MENGER, A., *El Derecho Civil y los Pobres*, cit. En ella, el autor estudia críticamente el proyecto de Código Civil para el Imperio Alemán como obra legislativa defensora y favorecedora de las clases ricas. Éste lo realiza desde la perspectiva de una política del derecho que intenta reformar el derecho privado sin negar sus dimensiones individuales y sociales. En el mismo sentido, CAZZETA, G., *Estado, juristas y trabajo. Itinerarios del Derecho del Trabajo en el Siglo XX*, cit., pp.40-44.

³⁶ *Vid.*, al respecto, de forma íntegra, MENGER, A., *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado Democrático del Trabajo, (El Estado Socialista)*, con Estudio Preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., “Derechos Sociales y Estado Democrático Social en Antón Menger”, cit. *passim*. El autor italiano, tomando como premisa la superación del liberalismo como ideología y como modelo de organización social, en la primera de las obras recogida en la edición citada, afirma la conformación de un modelo de constitución social del trabajo opuesta a la constitución liberal; y, en la segunda, defiende la instauración de una forma de estado democrática colectivista en respuesta a la crisis del estado liberal.

De esta manera, con la revolución, se trataba de llevar a cabo dicha construcción a través de un proceso muy profundo y radical de transformación social desde y por las bases de la sociedad no centrada sólo en la toma del poder político; mientras que, con la reforma, se pretendía mejorar pacífica, gradual y notablemente la condición de las clases trabajadoras dentro del sistema económico existente a través del concurso de leyes justas y la acción constante cooperante de los trabajadores fortaleciendo los principios de libertad³⁷. Es a través de ésta última vía cuando la intervención estatal se hace más importante con medidas tendentes a corregir aquello negativo del proceso de industrialización y del liberalismo económico, no ya sólo por mera exigencia ética sino también por necesidad política, como medio para esquivar la revolución social. Así, en consonancia, es en esta vía reformista donde el adjetivo social adquiere su dimensión más propia y genuina: el referirse al conjunto de prácticas desplegadas para reducir la brecha entre el orden económico y el orden político mediante sistemas que no son los del mercado para asegurar la satisfacción de las necesidades del individuo con independencia de su posición en éste³⁸.

Si el sistema liberal-capitalista había requerido al trabajo como un factor productivo e hizo del mismo el elemento de reconocimiento personal y social del trabajador con la inmediata consecuencia de su mercantilización³⁹, las exigencias que se planteaban desde el movimiento obrero -respaldado por el socialismo- era la ruptura de este planteamiento⁴⁰. Para ello, tuvo un papel trascendental, fruto de las insistentes reivindicaciones, los tímidos intentos que acontecieron paulatinamente para la puesta en marcha de una política social, a través de la cual el Estado intervendría con una clara

³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2003, pp. 302-303. Igualmente, *ibidem*, *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 193-206

³⁸ CASTEL, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, cit., p. 108. MONEREO PÉREZ, J. L., *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, cit., p. 33.

³⁹ IBÁÑEZ, H., *De la integración a la exclusión. Los avatares del trabajo productivo a finales del siglo XX*, Sal Terrae, Santander, 2002, pp. 25-31. El autor defiende que esta relación directa establecida estuvo vigente en distintos momentos de la historia en cierta medida hasta el año 1945, cuando se estableció en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial el Estado de bienestar.

⁴⁰ POLANYI, K., *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, cit., *passim*. Para este autor, el trabajo no es una mercancía más del mercado, circunstancia que incidió de manera importante en el fracaso del sistema autorregulado propuesto por el sistema liberal-capitalista.

intención correctora de las consecuencias negativas de la libre competencia⁴¹. Ésta, inicialmente se encontró muy condicionada aún por el sistema liberal-capitalista, pero su exponente máximo fue una legislación social y laboral -como respuesta del poder público a la acción de los trabajadores- de carácter proteccionista que incluía aspectos sindicales, salariales, educativos, etc. El origen de la elaboración y formulación de esta política social se encuentra también dentro del socialismo, pero en el llamado socialismo de cátedra, constituido, inicialmente, por un conjunto de autores alemanes, entre los que destacaron WAGNER o Gustav SCHMOLLER⁴², Desde esta corriente, se realizó una revisión analítica y crítica de los principios liberales clásicos, proponiendo soluciones encuadrables dentro de la vía del reformismo social.

En el seno de esta legislación laboral y social, adquirieron gran importancia unos derechos humanos de segunda generación articulados principalmente en torno al valor de la igualdad material: los derechos sociales⁴³. Éstos, en el contexto de la necesaria construcción de un Estado social supusieron, junto a la aún en pañales política social de cada uno de los Estados, una importantísima, lenta y paulatina labor de desmercantilización de la vida social y laboral de las personas en el marco del sistema capitalista. Con ellos aconteció una pérdida de la posición de mera mercancía de los individuos y de su fuerza de trabajo⁴⁴. Además, en estrecha relación, también se produjo

⁴¹ Este modo de proceder ha sido calificado como el lenguaje del miedo en los orígenes del Derecho del Trabajo, MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., cit., pp. 65-87. Sistemáticamente, en relación al contrato de trabajo, sobre esta evolución desde la más estricta desregularización hacia la intervención legislativa del Estado, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, cit., pp. 126-134. Defendiendo que el Derecho Social y los derechos sociales no son sólo producto de las reivindicaciones sociales, sino también de la evolución económica del capitalismo, GAGO GUERRERO, P. F., *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional*, cit., pp. 167-168.

⁴² Vid., al respecto, la obra clásica de SCHMOLLER, G., *Política Social y Economía Política (Cuestiones Fundamentales)*, con estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., “La Escuela Histórica Nueva en Economía y la Política de Reforma Social”, Comares, Granada, 2007, *passim*. Queda manifestado por parte del autor: en primer lugar, la defensa de que los fundamentos de la economía política han de ser relacionados con los principios del derecho y de la justicia social; en segundo lugar, la puesta en práctica de una monarquía de reforma social; y, en tercer lugar, su propuesta de absoluta autonomización de lo económico, creándose así un Derecho de la Economía.

⁴³ Como implícitamente se está poniendo de manifiesto, se comparte la opinión de los autores en relación al hecho de que es el proletariado el que aparece como protagonista histórico, junto al proceso de industrialización, en la reivindicación de los derechos sociales, FERNÁNDEZ, M^a. E., y VIDAL, E., “Los derechos humanos de segunda y tercera generación”, en *Manual de Derechos Humanos*, MEJÍAS QUIRÓS, J. J. (coord.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 103-104.

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales como derechos de <<desmercantilización>>”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1995, p. 18. Es por el

la construcción progresiva de un estatuto social del trabajo compuesto por un elenco normativo jurídico-social-laboral de carácter protector, inmerso en las relaciones sociales de carácter laboral y tendente a establecer un equilibrio de iguales sobre la organización de un sistema de solidaridad⁴⁵. Este hecho es resultado de una intervención activa y constante del Estado -coincidiendo con las novedades introducidas por el paradigma del Derecho Social-, en aras del reconocimiento, titularidad y ejercicio de unos derechos que garantizasen una condición existencial, económica y social digna en el seno de la estructura social.

Todo ello con base en el fundamento primordial sobre el que se funda dicho modelo: el satisfacer las necesidades de aquellos que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad a base del esfuerzo conjunto de todos, pero principalmente de los que se encuentran en mejor posición⁴⁶. En estrecha relación con esta concepción, encontramos el pensamiento de uno de los teóricos clásicos del Derecho Social, como es Georges GURVITCH. Para éste, este paradigma era reflejo en lo jurídico del pluralismo social, era un derecho de integración, en el sentido de inordinación, construido sobre el principio de solidaridad social⁴⁷.

motivo expuesto, en términos relativos, por el que se defiende su adjectivación como desmercantilizadores, si bien, en términos absolutos, se ha experimentado un proceso de evolución distinto en los Estados de bienestar que ha conllevado que no se permita hacer realidad la implantación de una desmercantilización completa o absoluta en el marco de un sistema capitalista.

⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., “El Derecho Social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo”, *Revista Lan Harremanak*, núm. 2, I-2000, p. 240. En el mismo sentido, *vid.*, IBÍDEM, “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo Postconstitucional: el modelo de constitución flexible del Trabajo”, en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), MARTÍN JIMÉNEZ, R. (coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 1528-1536.

⁴⁶ ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *El umbral de ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional*, cit., p. 28. En esta dirección, en un sentido objetivo, se ha definido al Derecho Social como *el conjunto de normas a través de las cuales el Estado ejercita su función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales, con el fin de asegurar la igualdad de las situaciones, a pesar de las diferencias de las fortunas*, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 71.

⁴⁷ Tal y como queda manifestado en su obra *La idea del Derecho Social. Passim.*, GURVITCH, G., *La idea del Derecho Social*, con estudio preliminar “La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch”, de MONEREO PÉREZ, J. L. y MÁRQUEZ PRIETO, A., Comares, Granada, 2005.

Con ello se dio paso a un modelo de sociedad que correspondió con la época dorada del Estado de bienestar de tipo keynesiano⁴⁸ en los países desarrollados tras la segunda Guerra Mundial en el que, de acuerdo con el modelo originario del Derecho Social, si el trabajo es clave para la integración social, las formas de redistribución de la riqueza deberían de ir vinculadas a la situación del trabajador asalariado y, en consecuencia, éste actuaba como legitimador de la sociedad de mercado procurando seguridad y bienestar a la ciudadanía a través de una amplia red desmercantilizada. Esta conquista es inferida de un trabajo reglado en el mercado, proporcionante de una ciudadanía plena, donde ya aparecen un conjunto de derechos sociales propios de los trabajadores, como condicionante del derecho de prestaciones.

Con este modelo de organización estatal se hace referencia al carácter básico y fundamental de la provisión de servicios de bienestar por parte del Estado, asumiendo éste la responsabilidad primaria del mismo entendido comprehensivamente -incluyendo todos los aspectos posibles de él- y universalmente, al cubrir a cada persona mediante un conjunto de derechos⁴⁹. Precisamente este compromiso prestacional fue lo que hizo que esta concepción del Estado de bienestar encontrase serias dificultades para compaginar la lógica económica que ello supone -la lógica del capitalismo y del mercado-, con la lógica social y democrática -una lógica redistributiva y basada en la participación democrática en la vida política y económica, incluido el lugar de trabajo-, hecho que acentuó e incidió en un conjunto de problemas de gobernabilidad del sistema político del Estado, ya, contemporáneo⁵⁰.

⁴⁸ La principal implicación de este carácter es que el propio Estado se encuentra legitimado para intervenir en la economía. *Vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., MONEREO PÉREZ, M., y OCHANDO CLARAMUNT, C., “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, *Revista Sistema*, núm. 155-156, 2000, especialmente pp. 71-78. Un análisis de las implicaciones de éste carácter en relación al mercado de trabajo es el realizado por PÉREZ, P. E., y NEFFA, C., “La teoría general del empleo según J. M. Keynes” y por PANIGO, D. T., “Empleo y desempleo en la teoría poskeynesiana”, en *Teorías económicas sobre el mercado de trabajo. I. Marxistas y keynesianos*, AA. VV., NEFFA, J. C. (dir.), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, pp. 105-188.

⁴⁹ En un sentido subjetivo, se ha definido al Derecho Social como el derecho general de cada ciudadano a participar en los beneficios de la vida social, el cual se traduce en específicos derechos a determinadas prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 71.

⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996, p. 187. Asimismo, *vid.*, en relación, PACI, M., “Il sistema di welfare fordista e la sua crisi”, en *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*, 2ª ed., Il mulino, Bolonia, 2007, pp. 71-86.

2.- PREMISA. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES. PRESUPUESTOS PREVIOS

Ubicados ya los orígenes de los derechos sociales y el paradigma del Derecho Social en la historia, es esencial establecer, a modo de premisa, un conjunto de concepciones elementales -de una forma sucinta, concisa y esclarecedora- sobre el amplio constructo jurídico-político teórico existente en torno a los derechos sociales y su filosofía, a fin de que se puedan fijar los fundamentos científicos sobre los que construir, argumentar y desarrollar el discurso e hilo conductor temático.

2.1.- LOS DERECHOS SOCIALES COMO CATEGORÍA JURÍDICA

Se puede afirmar que la categoría de los derechos sociales se incluye dentro de la más amplios, antiguos y universalmente reconocidos como derechos humanos⁵¹. Ahora bien: algunos de ellos, o determinados valores característicos e inspiradores de los mismos, han estado presentes a lo largo de las distintas fases y sociedades de la historia, como es el caso de la idea central de la dignidad humana. Ésta se puede entender como el valor supremo, fundamental y primario de respeto que viene dado al hombre -por tanto, presente en todo ser humano- y que, por ende, necesariamente, por todos ha de ser percibido como absoluto e incondicionado, tanto en su concepción como posibilidad fáctica -su realización a lo largo de la vida humana en las dimensiones fundamentales que distinguen a la persona del animal- como en la idea normativa -las razones de procura existencial que conlleva la acción positiva de los poderes públicos de la que nace el conjunto de valores superiores del ordenamiento jurídico como

⁵¹ Una evolución de los derechos humanos como noción histórica, VELARDE, C., *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 26 y ss. Sobre su ciencia y dogma, GAGO GUERRERO, P. F., *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, pp. 77-89.

categorías normativas básicas⁵². Esto supone que toda persona sea considerada como digna y de respeto, indistintamente a su nacionalidad, género, condición, raza, etc., con lo que éste puede ser considerado el valor fundacional y el núcleo conceptual de los propios derechos humanos. Con ello se está reconociendo, implícitamente, en cuanto que parten de la misma, que estos derechos presentan unos antecedentes remotos en el pasado por su presencia a lo largo de los tiempos en las distintas concepciones y modos de vida de la persona⁵³.

En el plano doctrinal, el nacimiento de la noción de derechos humanos acontece en el seno de la Escuela de Derecho Natural Moderno. Para ello, fue trascendental la concepción de la persona como un ser individual libre y autónomo poseedor de un elenco de derechos y libertades individuales previas al origen de toda sociedad y estado, fundamentados en valores básicos -apoyados en rasgos derivados de la dignidad humana- necesarios para el desarrollo integral del ser humano⁵⁴. Por tanto, son derechos que poseen todos los seres humanos en virtud de su nacimiento o de su pertenencia a la especie humana. Es aquí donde se puede hallar el origen de los propios derechos humanos: la realización de estos derechos naturales de cada persona son concebidos como una versión de aquéllos por el mismo hecho de ser persona. Ahora bien, por esta característica natural, estos derechos se han de concebir como previos a la legislación

⁵² Ambas dimensiones han sido puestas de manifiesto ilustrativamente por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, AA. VV., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 87-88.

⁵³ *Vid.*, para ello, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., LLAMAS CASCÓN, A., FERNÁNDEZ LIESA, C., *Textos básicos de Derechos Humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 29-93.

⁵⁴ Es por ello por lo que, utilizando un lenguaje natural, de la Escuela de Derecho Natural, un sector de la doctrina, hace referencia a ellos como *pretensiones morales revestidas de signos de lo jurídico*, al llamarlos derechos, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., con la colaboración de DE ASÍS ROIG, R., y BARRANCO AVILÉS, M. C., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 20-21 y 29 y ss. En idéntica dirección se encuentra GARRIDO GÓMEZ, cuando define a los derechos humanos como una noción referida a unos derechos que en el plano internacional se traducen en exigencias morales o naturales reclamadas como derechos básicos, GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 18. VIOLA, F., *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, Comares, Granada, 1998, pp. 297-336. MAFFETTONE, S., “Utopia e giustizia: i diritti umani”, en *Globalizzazione, giustizia, solidarietà*, AA. VV., QUARTA, C. (a cura di), Dedalo, Bari, 2004, pp. 127-138.

humana, que sólo puede reconocerlos y garantizarlos, pero no crearlos⁵⁵; es decir, sólo puede positivizarlos⁵⁶ para que así adquieran y cumplan eficazmente su finalidad.

El resultado inmediato es la concepción de los derechos humanos en cuanto derechos positivizados principalmente en dos niveles –internacional y nacional-, instauradores e incorporantes al derecho de un contenido de justicia que ha de ser entendido, básicamente, como una expresión jurídica de la dignidad humana y de sus valores derivados: libertad, igualdad y solidaridad. Es entonces cuando y como se concreta jurídicamente la idea de dignidad humana universal construida sobre la misma vocación de universalidad de los valores anteriores que la fundamentan⁵⁷. Así, existe una llamada directa no sólo a su asunción, sino a la misma realización, a la puesta en práctica y vigencia de éstos últimos como inspiradores y bases de unos derechos humanos que deben de estar en continua expansión con la finalidad precisa no sólo del incremento de la salvaguardia de la dignidad de la persona, sino también de la introducción de un poco de racionalidad en el conjunto de las instituciones políticas y en la sociedad de todos y cada uno de los Estados⁵⁸.

⁵⁵ RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., “¿Qué son los derechos humanos?” en *Manual de Derechos Humanos*, MEJÍAS QUIRÓS, J. J. (coord.), cit., pp. 13-14. En el mismo sentido FACCHI, A., *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bolonia, 2007, pp. 43-48. GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, cit., p. 21. En consonancia, PALOMBELLA argumenta que los derechos humanos son aquellos definidos por una concepción del hombre y no por un ordenamiento jurídico, PALOMBELLA, G., *La autoridad de los derechos. Los derechos entre las instituciones y las normas*, Trotta, Madrid, 2006, p. 25.

⁵⁶ Circunstancia que empezó a acontecer, principalmente, con las revoluciones burguesas francesa y estadounidense. Así, en 1789 se proclamó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y, en 1776, la Declaración de Derechos de Virginia. Se trata de los primeros documentos con valor político y jurídico que transforman los derechos en derechos humanos, otorgando a éstos un valor universal y atribuyendo su titularidad al hombre, sin especificaciones. Estas declaraciones, como grandes textos del pasado, constituyen el arquetipo de las declaraciones universales de derechos posteriores en el tiempo, abriendo la era moderna y anunciando una nueva visión y concepción del hombre y de la sociedad. *Vid.*, al respecto, CASSESE, A., *I diritti umani oggi*, Editori Laterza, Bari, 2007, pp. 12-15. FACCHI, A., *Breve storia dei diritti umani*, cit., pp. 48-59. Una obra clásica de obligada consulta sobre estas primitivas declaraciones, su valor, implicaciones, análisis y discusión es la realizada por JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, con estudio preliminar originario de POSADA, A. y estudio introductorio “Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2009.

⁵⁷ VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 29-31.

⁵⁸ Esta es la meta de lo que CASSESE denomina como *galaxia ideológico normativa* de los derechos humanos, CASSESE, A., *I diritti umani oggi*, cit., p. 6.

El mayor reflejo de este logro ha quedado manifestado en dos grandes hitos. Por una parte, en la plasmación de los derechos humanos en todos los textos internacionales que existen al respecto -posteriormente analizados-, puesto que el siglo XX ha sido considerado como el de la incorporación de éstos al Derecho Internacional, siendo el ejemplo más relevante la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. En este ámbito, de un modo casi exclusivo, se está haciendo referencia a un conjunto de exigencias morales fuertes o naturales que son demandadas como derechos básicos en clara correspondencia con exigencias directamente relacionadas. Primordialmente, con la dignidad personal y la libertad, la igualdad y la solidaridad resultante⁵⁹. Estos valores que son los que dan sentido pleno a una división más doctrinal y didáctica que conceptual de los derechos humanos en civiles, políticos y sociales, principalmente. Se refieren todos ellos a la intencionalidad de la puesta en marcha y garantía de una vida digna de todos, absolutamente todos, los hombres, por la universalidad y generalidad con la que vienen recogidos.

Pero es que además, de un modo complementario e igualmente importante, es de resaltar su recogimiento y reconocimiento progresivo en las distintas y nuevas constituciones estatales que fueron surgiendo en el marco del Estado de Derecho, fundamentalmente dentro del paradigma del constitucionalismo social, desde la Constitución Mexicana de Querétaro en 1917 o la alemana de 1919 de Weimar, en la figura y noción afín de derechos fundamentales⁶⁰. Es entonces cuando estas grandes

⁵⁹ GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, cit., pp. 18 y ss.

⁶⁰ Noción afín desde una concepción formal, porque para entender, comprender y definir a los derechos fundamentales como el conjunto de derechos humanos positivizados, casi exclusivamente en las constituciones, se está produciendo una conexión entre la Escuela del Derecho Natural y la Escuela del Derecho Positivo. *Vid.*, VITALE, E., “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre *iusnaturalismo* y *iuspositivismo*”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, AA. VV., DE CABO, A. y PISARELLO, G. (eds.), Trotta, Madrid, 2007, p. 276. Sin embargo, esta afinidad se relativiza y matiza con la concepción material, por la que sólo va a interesar el contenido de los derechos, coincidiendo así derechos humanos y derechos fundamentales. Por tanto, la diferencia entre ambos la podemos encontrar en el ordenamiento que los reconoce y protege: internacional para el primero e interno/nacional para el segundo. DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 37-40. Concibiendo a los derechos fundamentales como el estadio más avanzado del proceso de positivización de los derechos naturales teniendo como punto intermedio a los derechos humanos, PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 43-51.

declaraciones de derechos anteriores -proclamadoras de un gran elenco de los mismos en forma de principios- se enmarcan en las constituciones, los dotan de subjetividad y los rodean de una garantía y eficacia jurídica, transformándose así en derechos de la persona garantizados por las instituciones jurídicas⁶¹.

A nivel doctrinal y, sobre todo, en el seno de la Filosofía del Derecho, existe un gran debate abierto sobre la correspondencia o no de los derechos humanos con los derechos fundamentales. Con un afán superador del mismo –puesto que no es la ocasión de entrar en él- se establece una definición lo más completa y adecuada posible para este estudio. En este sentido, siguiendo a FERRAJOLI, los derechos fundamentales son conjunto de derechos subjetivos indisponibles e inalienables que pertenecen universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar. De esta manera, con su contenido, desde la perspectiva de la Escuela de Derecho Natural Moderno en la que nacen los derechos humanos, se asegura la dignidad de la persona, así como un conjunto de valores de carácter ético-político asumidos como fundamentales⁶² y que se constituyen en desarrollo de ella, tales como pueden ser los ya advertidos de la libertad, la igualdad o la solidaridad⁶³.

En esta noción están quedando superadas las posibles diferencias que se puedan hallar entre derechos humanos y derechos fundamentales que obliguen a pensar que son dos categorías diferentes y distanciadas⁶⁴. Así, en su concepción axiológica y material -

⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L., “Genealogía de las declaraciones de los derechos y su significación político-jurídica”, estudio introductorio a la obra de JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., pp. IX-X.

⁶² Definición y rasgos puestos de relieve en algunas obras de este autor, como por ejemplo, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2006, pp. 37 y ss.; IBÍDEM, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 19 y ss.

⁶³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., p. 35 y pp. 161-190. Partiendo de la conexión entre derechos fundamentales y derechos humanos, este autor arguye que estos valores son los propios de cada una de las categorías de derechos humanos.

⁶⁴ En la misma dirección de aunar criterios en la defensa de que se tratan de idénticos derechos, encontramos la propuesta de PALLOMBELLA, que aboga por la denominación de *derechos fundamentales del hombre*, pasando los derechos humanos a ser derechos fundamentales. Con ella supera, por una parte, su concepción de los derechos humanos como expresión absoluta concerniente al hombre, independientemente de todo contexto y de cualquier otra especificación; y por otra parte, su concepción de derechos fundamentales, como expresión abierta y relativa que puede o no ir referida al hombre. PALLOMBELLA, G., *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, cit., pp. 24-25.

en el contenido de los derechos- son iguales, presentan una equivalencia porque prevalece su universalidad y atribución a todas las personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar, independientemente a las condiciones diferenciales y particularidades que presenten. De este modo, por un lado, como se ha anotado, estos derechos hunden sus raíces en la dignidad humana y, por otro lado, afectan al conjunto de dimensiones básicas del libre desarrollo de la personalidad⁶⁵. Igualmente, en su concepción dogmática y formal -aludiendo a su reconocimiento normativo- son derechos adscritos por un ordenamiento jurídico concreto y objetivo que los reconozca y proteja para todas las personas en cuanto tales, siempre y cuando domine un punto de vista extensivo por medio del cual sea posible su atribución a todos, frecuentemente en normas constitucionales⁶⁶.

Es a raíz de ésta última matización y concepción cuando únicamente se podría hacer una distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. Como ya se ha manifestado, los primeros, generalmente, vienen establecidos y reconocidos a todas las personas en grandes declaraciones, convenciones, pactos en esta materia de carácter internacional, bien a escala universal bien a escala regional, con reconocimiento y validez para aquellos Estados firmantes. Por su parte, los segundos constituyen una positivación de los primeros en el interior de los ordenamientos jurídicos estatales, principalmente en su Norma Fundamental a través de una atribución a todas las personas, si bien pueden encontrar desarrollo legislativo posterior, que en ningún caso debe contradecir el contenido esencial regulado y establecido constitucionalmente. Esta atribución de los derechos fundamentales a todas las personas queda cimentada y reforzada en virtud de la actual naturaleza supranacional de gran parte de los mismos. Ello es así porque las constituciones confieren estos derechos a la persona independientemente de la ciudadanía, siendo pues los derechos de ciudadanía una subclase dentro de los derechos fundamentales⁶⁷, en cuyo seno esta atribución a todos

⁶⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991, p. 433.

⁶⁶ En este sentido, PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., cit., pp. 43-51.

⁶⁷ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 25-26 y 40. A *sensu contrario* se manifiesta BOBBIO, cuando argumenta que en el momento en que los derechos humanos son positivizados ganan en concreción pero pierden en universalidad, puesto que los derechos van a quedar reconocidos y protegidos como derechos positivos sólo en el ámbito estatal que los reconoce, pasando de ser derechos del hombre a derechos del ciudadano; BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 68.

pierde sentido y, por ende, lo hace también la esencia y valor de los propios derechos fundamentales.

De esta forma, de un lado, se puede argüir que tanto derechos humanos como derechos fundamentales coinciden en el sujeto, pues tienen como titulares a las personas, y, de otro lado, son derechos que se encuentran reconocidos en lo más alto del ordenamiento jurídico por su contenido -la dignidad humana y valores que la desarrollan-, declaraciones o análogas a nivel internacional y constituciones a nivel estatal; si bien para los primeros se utiliza el término derecho en su versión débil porque al no estar positivizados, presentan la dificultad de hacerse valer frente a los demás y se condicionan al deber de su reconocimiento en toda sociedad civilizada y a la creación de instrumentos para su protección, mientras que para los segundos el valor es más fuerte por su reconocimiento constitucional y su apoyo en el ordenamiento jurídico y sistema de garantías⁶⁸. Esta situación origina dos sentidos de ningún modo excluyentes ni contrapuestos de los derechos humanos: de una parte, como pretensión moral fuerte que debe de ser atendida para posibilitar una vida humana digna y, de otra parte, su identificación en el seno de un derecho positivo bajo la denominación advertida⁶⁹.

Una matización y doble sentido que, en todas y cada una de las organizaciones jurídicas estatales, ha de quedar superada con una clara, decidida y directa voluntad positiva de la política de derechos fundamentales, en el sentido de realizar un llamamiento a la decisión adecuada sobre la oportunidad de positivizar el conjunto de valores fundamentales intrínsecos a los mismos para el orden de convivencia social formalizado jurídicamente en la Constitución. Es en esta dirección en la que se ha de producir un avance significativo para la regulación del conjunto de derechos fundamentales de todas las personas en el seno de cada entidad estatal conforme a unos esquemas constitucionalmente establecidos que, a su vez, se encuentren en clara consonancia y concordancia con lo establecido a nivel internacional en los grandes Tratados, Acuerdos, Pactos o Convenios sobre derechos humanos. Derechos que, de

⁶⁸ GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, cit., pp. 19-20 y 23-24. En este sentido, se ha apostado también por la denominación, en su conjunto, de derechos humanos, derechos fundamentales internacionales, supranacionales y nacionales, BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 30-32.

⁶⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 20-21.

modo inequívoco y recalcando, son intrínsecos a la persona y a su dignidad, lo que hace que tengan el carácter de derechos fundamentales de toda persona en cualquier Estado. Se constituyen éstos así en expresión máxima de los derechos humanos.

Esto supone una propia garantía de los derechos por la pretensión general de salvaguardar los derechos y libertades de los individuos y grupos sociales frente a los poderes públicos, elevando su protección a un ámbito de supralegalidad ordinaria. Es este esfuerzo por conferir a los derechos un rango supraestatal el que procede más de las garantías de los derechos que de las meras Declaraciones, Pactos, Tratados, etc, como texto separado de las Constituciones o normas fundamentales. Es así porque las garantías de los derechos se presentan como reglas positivas y obligatorias, con valor vinculante, que aseguran la aplicación dinámica de determinados derechos generalmente reconocidos, que se imponen al legislador ordinario, que forman parte de la Constitución participando del mismo valor jurídico que ésta, pudiendo ser oponibles al legislador ordinario y, matizadamente, a los particulares. Sin embargo, si las declaraciones de derechos no están enmarcadas en las Constituciones -conformando así ésta el contenido esencial de los derechos incorporados cuyo respeto se impone con fuerza vinculante general, es decir, dotándolos de garantías en el mismo texto constitucional- aparecerían, ante todo, como enunciados de principios filosóficos y jurídico-políticos, sin valor y eficacia jurídica directa.

Pero es que además, en consonancia con lo ya puesto de relieve y complementándolo, se ha de tener presente que otro elemento intrínseco que no tiene otra significación que la de reafirmar la conexión y la igualdad conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales se encuentra en que éstos últimos, por tener sus raíces en la dignidad humana, son universales, son de todas las personas y, en consecuencia, son derechos humanos. Universalidad que se ha de entender, en primer lugar, en el plano racional, como titularidad de los derechos adscrita a todos los seres humanos; y, en segundo lugar, como presupuesto para la realización de la misma en su aspecto temporal -validez para cualquier momento concreto de la historia- y espacial -expansión de la cultura de los derechos fundamentales a todas las sociedades políticas y ordenamientos jurídicos de las mismas-⁷⁰.

⁷⁰ Concepciones compartidas con y puestas de manifiesto por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 191 y ss. Asimismo, en cuanto a la universalidad en su

Desde esta concepción claramente superadora y avanzada, debido al carácter e importancia de los mismos que han ido adquiriendo poco a poco con el transcurso del tiempo, se han configurado institucionalmente como derechos significativos para los Estados, sobre todo en su reconocimiento y realización práctica, hasta el punto de convertirse en un referente fundamental de la vida político-social y jurídica en cuanto instrumento, valores y formas desde los que regir su organización. En este sentido, en un mundo en el que la realidad dominante es la globalización a escala internacional, en la que predominan por encima de todo los valores económicos que mercantilizan cada uno de los aspectos de la vida de las personas que forman parte de la sociedad globalizada actual y que hacen que sea una sociedad del riesgo⁷¹, adquieren una importancia cada vez más trascendental el conjunto de derechos articulados alrededor de la propia dignidad humana y de los valores derivados de la misma que inspiran los derechos humanos. Tratan así de intentar cambiar el signo por el que la lógica de la extensión del mercado global se presenta un tanto incompatible con los mismos⁷², para, a modo de contramedida, dotar de un carácter más social al propio proceso globalizador.

Por tanto, se deben de encontrar nuevas vías para tratar de compaginar lo económico con lo social. La economía tiene que servir a los fines que se trazan por la sociedad democrática con la pretensión de poner la racionalidad económica al servicio de una sociedad justa e igualitaria⁷³. Es decir, el cambio de una globalización de progreso y desarrollo mercantilista y de capital por otra en la que impere el mismo progreso y desarrollo en su aspecto social en torno a los valores de igualdad, libertad o solidaridad desde la misma concepción de la dignidad humana, poniendo en práctica así una justicia social. Ahora bien, no suponiendo este cambio una radical sustitución de un modelo sobre otro, sino manteniendo las conexiones mínimas y esenciales entre ambas

aspecto espacial, otro sector de la doctrina *iusfilosófica* alude a que más bien se trataría de una *universalidad en los Derechos Humanos*, considerando a ésta como el acogimiento de éstos en todos los ordenamientos jurídicos, PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 220.

⁷¹ Desde una perspectiva general, *vid.* al respecto las obras de BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998; IBÍDEM, *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002.

⁷² En esta concepción insiste DE LUCAS, J., “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 32, 1998, pp. 3-9.

⁷³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 2, 1999, p. 247.

y sus derechos inherentes, para que se realice una sociedad global en la que a las personas les quede garantizado un modo de vida decente, digno y con oportunidades para su realización personal, junto a otras libertades y en el marco de una democracia social⁷⁴. Es entonces, en este contexto y con esta intención, cuando la propia ética colectiva de los derechos humanos, en cuanto respeto constante de la dignidad de todos los seres humanos sin exclusión alguna, adquiere, si cabe, un mayor sentido y alcance.

2.1.1.- El origen y la razón de ser de los derechos civiles, políticos y sociales: su concepción como derechos humanos y su evolución generacional

Partiendo de la concepción de los derechos humanos como un conjunto amplio de derechos de distinta naturaleza, pero articulados en base al nexo común del núcleo conceptual de la dignidad humana, así como de los valores derivados de ella inspiradores de lo que deben ser los criterios éticos –a modo de estándar mínimo- por los que se rija la vida social de las personas, tradicionalmente desde la doctrina científica y analítica se han venido dividiendo los mismos según los valores centrales inspiradores –libertad, igualdad y solidaridad- en derechos civiles, políticos y sociales.

Esta categorización debe su razón de ser a varios motivos. El primero de ellos - que se ha de tomar como presupuesto previo para la comprensión totalizadora y única en el sentido auténtico y genuino de los derechos humanos- es el hecho de que todos los derechos a los que se viene haciendo referencia, absolutamente todos, por encima e indistintamente a la categoría concreta en la que se incluyan, necesariamente han de ser comprendidos *a priori* como derechos humanos –o fundamentales según el caso- y, a continuación, como civiles, políticos o sociales. Es así porque su razón de ser son un conjunto de valores que conectan directamente con la dignidad humana y, en este sentido y por mera lógica, no pueden ser confrontados ni tampoco jerarquizados. Se pone así de relieve la importancia de la unidad de todos ellos.

Un segundo motivo de esta clasificación es la existencia de una necesidad de clasificar y/o categorizar -con clara intención comprensiva- el amplísimo conjunto de

⁷⁴ GEORGE, S., “¿Globalización de los derechos?”, en *La globalización de los derechos humanos*, AA. VV., Crítica, Barcelona, 2003, pp. 24-25.

derechos de distinto carácter, naturaleza y finalidad que se vienen incluyendo tradicionalmente dentro de los derechos humanos, a fin de no desvirtualizar éstos. A ello ha contribuido, como después se verá, el propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues unos años después de la proclamación de la Declaración Universal, se hizo lo mismo con respecto a los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos y el de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

De una forma complementaria a éste último motivo, se puede encontrar un tercero: la tipología o categorización de los derechos humanos tiene su principal razón de ser en una facilitación analítica de los mismos como generaciones que se han ido sucediendo progresivamente en la historia sin que cada una suponga la supresión de las precedentes, con lo que se ha de destacar su unidad e interconexión⁷⁵, más que nada porque cada una de ellas se halla fuertemente vinculada a un valor o valores que los caracteriza pero que no supone exclusividad, pues éstos se encuentran también presentes indistintamente de una u otra forma y con mayor o menor relevancia en las otras generaciones.

Esta circunstancia descrita hasta aquí supone, igualmente, la importante concepción de que los derechos humanos sean considerados en sí mismos como un fenómeno social⁷⁶ y no sólo ligados a determinados acontecimientos sociales presentes

⁷⁵ Es a MARSHALL a quien se debe la división de los derechos humanos en derechos civiles, políticos y sociales como categorías históricas sucesivas en el marco de un cuadro evolucionista histórico hacia el incremento de la igualdad, MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, traducción de LINARES, P., Alianza, Madrid, 1998. Un completo estudio preliminar a la misma es el realizado por NOYA MIRANDA, F. J., “Ciudadanía y capital social. Estudio preliminar en torno a *ciudadanía y clase social*, de T. H. Marshall”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 79, 1997, pp. 267-295. Por otro lado, GARGARELLA argumenta que la diferenciación entre las distintas categorías de derechos es cierta desde el punto de vista histórico, pero irrelevante moralmente, hasta tal punto que si a cada grupo de ellos se le da un tratamiento jurídico diferente, carecería de justificación, GARGARELLA, R., “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 31, 1998, p. 11. Una crítica claramente constructiva realizada a aquellos sectores doctrinales que defienden la concepción de los derechos civiles, políticos y sociales como generaciones que se han sucedido en la historia y, por tanto, la supremacía de unos sobre otros, es la elaborada por PISARELLO, G., “La crítica de la percepción histórica: la tesis de los derechos sociales como derechos generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos”, en *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 19-36.

⁷⁶ Hecho que pone de relieve BOBBIO cuando afirma que los derechos humanos y su proliferación pueden ser contemplados desde distintas perspectivas: filosófica, jurídica, económica, etc. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 114 y ss. En este sentido, para una mejor comprensión de este planteamiento se ha de destacar que se estaría haciendo referencia en todo caso más que al concepto de fenómeno social –que tiene unas claras connotaciones coyunturales– a la propia noción del *hecho social* de los derechos humanos. Un hecho social que, particularizando aún más, iría directamente conectado con

y acaecidos a lo largo de la historia. De esta forma, en base a este criterio, es como se encuentra en el eje cronológico de la historia, en primer lugar, los derechos civiles y políticos seguidos de los sociales.

En este sentido, los derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos, que cobraron mayor fuerza y relevancia con el Estado liberal de Derecho, y se encuentran vinculados con el principio de libertad. Generalmente se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada, con lo que destaca su impronta individualista. Junto a este bloque de derechos y libertades claramente personales, destaca igualmente dentro de esta categoría y en estrecha relación con los anteriores -por compartir símiles caracteres-, un conjunto de derechos que se encuentran más orientados a la participación de las personas, los derechos políticos. Por tanto, en cualquier caso son derechos que se encuentran fuertemente ligados a la noción de derechos humanos recogidos en las grandes declaraciones de finales del siglo XVIII, con fundamento en el individualismo filosófico y en el liberalismo económico.

Por su parte, los derechos de segunda generación son los derechos sociales, que surgieron fruto de las luchas sociales del siglo XIX, ya analizadas anteriormente, ante las pésimas condiciones de vida de las masas obreras, dando lugar a movimientos sindicales y luchas obreras que articularon sus demandas en forma de nuevos derechos. Pretendían la solución de los problemas sociales con la intervención del Estado, dando lugar así al advenimiento del Estado social de Derecho. Tienen su importancia y actualidad en este marco y se encuentran vinculados con el principio y valor de la igualdad material y la solidaridad, con lo que están claramente orientados al logro, cada vez mayor, de una sociedad más igualitaria. En la mayoría de los casos, éstos exigen para su realización efectiva la intervención de los poderes públicos a través de prestaciones y servicios públicos.

su sentido general, concebido como un conjunto o subclase de comportamientos, actitudes y creencias de personas que viven en sociedad; frente al sentido más particular del término como comportamientos, actitudes y creencias de las personas que viven en sociedad caracterizados por la presencia, entre otros rasgos, de un conjunto de creencias mutuas, intencionalidad colectiva o conocimiento mutuo. VILAJOSANA, J. M., "Hechos sociales y derecho", en *Ordinamento Giuridico, sovranità, diritti*, AA. VV., DICIOTTI, E., y VELLUZZI, V. (coord.), Giappichelli editore, Torino, 2003, pp. 46-49.

La tercera generación de derechos, muy reciente en el tiempo, surgida en los últimos años del siglo XX, se vincula en un sentido más estricto con el valor de la solidaridad en el marco de una tradición democrática consolidada; y/o también con la solidaridad ante la degradación que presentan algunos derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías por las sociedades complejas del capitalismo desarrollado⁷⁷. Por tanto, unos derechos que, partiendo de las exigencias inherentes a la dignidad humana, se vinculan estrechamente al principio de democracia, solidaridad y garantía de los derechos y bienes sociales fundamentales. Resultado de ello, son unos derechos que vienen caracterizados por su flexibilidad –en relación a sus límites jurídicos-, heterogeneidad y diversificación interna –debido a la expansión de las necesidades concretas y constantemente redefinidas de los grupos sociales y de sus componentes-. Paradigmáticos de esta caracterización técnico-jurídica son los derechos relativos al medio ambiente, el derecho al desarrollo o el derecho a la paz. Tratan así de garantizar, proteger y universalizar constantemente los bienes fundamentales de carácter social en cada momento frente a los bienes patrimoniales⁷⁸.

En esta evolución –sistemáticamente expuesta-, claramente no se está haciendo prevalecer una generación sobre otra en orden jerárquico-numérico ni los valores de las mismas, sino que implícitamente se está realzando la importancia que hoy en día tienen estos derechos humanos en su totalidad para la sociedad en el marco del Estado social y democrático de Derecho como medio de consecución de un progreso social, jurídico y político adecuado. Es así porque: en primer lugar, los derechos de primera generación se asientan no sólo sobre una libertad negativa de no injerencia estatal, sino también en una clara igualdad formal ante la ley; en segundo lugar, los derechos de segunda generación se fundamentan sobre una libertad real suponedora de capacidades individuales y en una igualdad material de las personas⁷⁹; y en tercer lugar, de forma complementaria y necesaria, los derechos de tercera generación se construyen sobre la

⁷⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de derechos humanos*, cit., pp. 28 y ss.; IBÍDEM, “La evolución del Estado Social y la transformación de los derechos fundamentales”, en *Problemas de legitimación en el Estado Social*, AA. VV., OLIVAS, E. (dir.), Trotta, Madrid, 1991, pp. 91-106.

⁷⁸ En relación a los rasgos apuntados, su delimitación y su configuración jurídica, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 120-141.

⁷⁹ En estos términos y respecto a la interconexión de los valores de ambas generaciones se expresa MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, cit., pp. 12-13.

solidaridad, implicando ésta tanto el deber moral de todas las fuerzas vivas de la sociedad para atender al bienestar social de cada uno de los miembros incluidos en ella, como el compromiso del poder público para la facilitación y plena la igualdad material, presentando por tanto esta solidaridad una relación directa con la justicia y la democracia en cuanto especificadora de la igualdad⁸⁰.

Desde esta concepción adecuada a la lógica interna y coherencia con el verdadero sentido de la totalidad de los derechos humanos, es desde donde debe evolucionar la sociedad, teniéndola como referente inspirador de su vida político-jurídica. Se ha de reconocer que las generaciones analizadas encuentran su razón de ser primordial en las exigencias básicas encontradas por el ser humano en cada momento de la historia para su adecuado progreso social y frente a las que cada uno de los derechos incluidos en las distintas generaciones trata de responder⁸¹. Unas exigencias que tienen una clara conexión con aquellas relacionadas con la vida y la libertad individual, con las libertades políticas, con la combinación de la libertad con la igualdad y, hasta el momento, con la propia solidaridad y democracia. Es decir, esta evolución generacional imperiosamente ha de ser concebida como muestra evidente de un único e igual intento de protección jurídica de los propios e inherentes valores esenciales de la sociedad⁸². Así es como constituyen -de por sí cada una de las mismas y sus derechos- un estándar mínimo alcanzado y consolidado para las sociedades actuales, que no puede sino desarrollarse y crecer en el futuro desde la premisa de la interdependencia y comunicabilidad de todos los derechos humanos en sus distintas fases de aparición histórica.

⁸⁰ Sobre la solidaridad como valor informador de los Derechos Humanos y las distintas implicaciones que ello supone así como la significación puesta de relieve, *vid.*, FERNÁNDEZ, M^a E y VIDAL, E., “Los Derechos Humanos de Segunda y Tercera Generación”, en *Manual de Derechos Humanos*, AA. VV., MEJÍAS QUIRÓS, J. J. (coord.), cit., pp. 127-130.

⁸¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Prólogo de CALVO GARCÍA, M., Tecnos, Madrid, 1998, p. 69 y ss. Asimismo, en esta dirección, GARCÍA SCHWARZ, R., *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 47-54.

⁸² GARCÍA MORALES, A. F., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2003, p. 25.

2.1.2.- La interdependencia y comunicabilidad entre todos los derechos humanos.

Dificultades taxonómicas

En el momento actual de desarrollo de la persona y de la sociedad en la que ésta se incluye, carece de lógica y de coherencia interna a los derechos humanos el mantener una confrontación y división radical entre las tres categorías que se incluyen dentro de éstos. Una comparación que tiende claramente a resaltar y poner de relieve, especialmente, la supremacía de una tipología de derechos –los civiles y políticos o individuales- sobre los sociales, desde la defensa a ultranza de su primer lugar en el devenir de la historia, técnicas de protección, contenido, implicaciones involucradas con cada uno de los principales valores inspiradores, etc.; aspectos que serán posteriormente tratados de forma individualizada en los siguientes epígrafes. En cualquier caso, sí se ha de afirmar, desde este momento, que las distintas categorías de derechos humanos anteriormente explicitadas –pese a surgir progresiva y sucesivamente a lo largo de la historia en marcos jurídicos, sociales y políticos diferentes, e incluso en algunos casos la alusión de su pertenencia a ideologías político-jurídicas diferentes como las *iussociales* o las *iusliberales*⁸³- hoy en día se puede predicar de ellos que presentan una interdependencia y comunicabilidad interna dotadora de unidad y sentido propio. Circunstancia que les vale para convertirse en herramientas básicas e imprescindibles configuradoras de los estándares mínimos del orden político y sociojurídico, tanto a nivel nacional como internacional en el marco del vigente paradigma del constitucionalismo social y del Estado social.

El punto de partida básico para esta concepción es la consideración intrínseca de que cada uno de los derechos incluidos en las distintas categorías, en cuanto derechos humanos, son de titularidad individual de la persona y sociales por naturaleza. El primer aspecto es clave e inherente al propio sentido de ellos como derechos de la persona articulados entorno a la dignidad y los valores de ella derivados. La segunda dimensión es más destacable aún, pues, ante todo, la misión y función que posee todo derecho es la ordenación de la vida de las personas en sociedad, lo que supone que todos los derechos

⁸³ A *sensu contrario*, *vid.*, GARCÍA MANRIQUE, R., “La génesis liberal y socialista de los derechos sociales”, en *Actualidad de la justicia social. Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, AA. VV., ALIPRANTIS, N., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y SUPLOT, A. (dirs.), Bosch editor, Barcelona, 2008, pp. 221-256.

requieran un determinado y concreto nivel de intervencionismo por parte del poder público con la intención de su efectivo aseguramiento⁸⁴. De esta manera, la absoluta totalidad de los derechos tienen su sentido de forma propia y, muy conectadamente, con la propia función social del derecho como aplicación del mismo en la realidad mediante contenidos político-morales destinados al establecimiento de un orden social justo, debido a que se trata de un mecanismo regulativo al servicio de la adaptación de la sociedad a su entorno⁸⁵.

Es a partir de aquí, de este *mínimum*, cuando únicamente se podrían establecer diferencias entre los derechos de primera, segunda y tercera generación, atendiendo exclusivamente a unos aspectos que estarían más ligados a un conjunto de rasgos de carácter secundario con origen en su distinta funcionalidad técnico-jurídica, fruto de las concepciones de la libertad, la igualdad y la solidaridad. Ahora bien, una separación establecida con claras limitaciones y tomando como presupuesto previo para ella que la insistencia en la misma supondría el peligro de la desnaturalización del sentido de los derechos mismos y, de forma derivada, de la propia persona humana: si se llegase a producir una desconexión e incomunicación entre los distintos derechos, el hombre, en cuanto ser humano titular inalienable de los mismos, también sería susceptible de su desnaturalización⁸⁶. En ello tiene una influencia directa el sustento de los derechos humanos en la concepción de una persona a la que se le debe de respetar la dignidad. Si existiese la prevalencia de unas categorías sobre otras, se reduciría claramente la propia dignidad humana por debajo de los límites establecidos por los derechos incluidos en las mismas. Esta es la esencialidad de la comunicabilidad entre los derechos humanos.

Por su parte, la interdependencia entre los derechos de las tres generaciones es manifiesta cuando, a lo largo de la historia, se han venido poniendo de relieve distintos acontecimientos en los que los derechos sociales fueron concebidos y percibidos como

⁸⁴ Una dimensión en la que han hecho un especial hincapié sectores de la doctrina *iusfilosófica* tales como CARRILLO, M., “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 36, 1999, p. 69; REY PÉREZ, J. L., “La naturaleza de los derechos sociales”, *Revista Derechos y Libertades*, núm. 16, época II, enero 2007, p. 143.

⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., “Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva del Derecho”, *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007, pp. 42-46.

⁸⁶ DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de León, 1993, p. 76; GIALDINO, R. E., “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional”, *Revista Investigaciones*, núm. 2, 1999, pp. 3-6.

claves desde los que poder dotar de contenido material a los derechos de primera generación. E igual situación acontece con la solidaridad, cuando ésta se concibe como esencial desde la que poder llegar a hacer plenamente efectiva y real una justicia y democracia social. Es desde esta óptica desde donde se ha de ser consciente de que cuando realmente esté vigente un nivel mínimo de vida digno y de desarrollo atendiendo a la dignidad humana y a la dimensión de igualdad material que implica – manifestada principalmente en los derechos sociales- con la cobertura de un conjunto de necesidades básicas para la existencia, se estará realmente en disposición no sólo de ser titular de un derecho, sino de poder acceder realmente al mismo⁸⁷. De esta manera es como esta igualdad material se ha de relacionar con la igualdad de oportunidades, pues tan sólo removiendo y tratando de erradicar las causas estructurales que ubican a las personas en situaciones de suma y posible vulnerabilidad, se estaría en condiciones reales del ejercicio de las libertades en el contexto de un proceso netamente dinámico de igualdad⁸⁸. Así es como, desde la propia igualdad material, se estaría dotando de pleno contenido a la igualdad formal y se estaría construyendo una sociedad igualitaria y justa, finalidad a su vez del Estado social de Derecho.

En este marco se presupone la intrínseca unión entre el conjunto de bienes jurídicos de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad, siendo en esta dirección la finalidad primordial de los derechos sociales la ampliación y potenciación de la libertad real de los individuos y de los grupos en que éstos se integran, aportando un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos⁸⁹. Así, junto a los derechos de la tercera generación y el valor de la solidaridad, los derechos sociales actúan, también, a modo de componente de la real efectividad de aquéllos, estableciéndose entre las categorías una interdependencia e interrelación funcional y de fines que permite trazar su campo específico de actuación y sus límites una vez

⁸⁷ FACCHI, A., *Breve storia dei diritti umani*, cit., p. 125. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, AA. VV., ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M^a I. (eds.), cit., p. 154.

⁸⁸ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 47.

⁸⁹ En la fundamentación de los derechos, la libertad y la igualdad son necesariamente complementarias, ya que si se excluye cualquiera de las dos no se colabora en la consecución de la autonomía moral del individuo, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, AA. VV., ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M^a I. (eds.), cit., p. 148.

consentida su compatibilidad. Pero es que además, tampoco se ha de olvidar que los derechos políticos facilitan una salvaguardia y un significado a los derechos civiles; en tanto que los derechos sociales facilitan los medios esenciales para el ejercicio de los derechos políticos⁹⁰.

Esta relación entre los distintos derechos humanos –manifestada en su continuidad histórica y jurídico-política en el Estado social- subyace a la realidad jurídica de una confluencia cada vez más intensa en las técnicas de organización jurídica de cada uno de ellos, apareciendo así como prácticas compartidas e implicando la garantía de los derechos civiles y políticos una acción positiva de los poderes públicos y una programación pública de las condiciones adecuadas para su ejercicio, en confrontación con las exigencias de la entera formación social. Así, en el pensamiento moderno, prevalece la idea de indivisibilidad de los derechos humanos⁹¹. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman un bloque único y no pueden ser situados unos sobre otros en una escala jerárquica. De esta forma, la interdependencia entre las distintas categorías de derechos, se antoja como clave para la articulación de su sentido en plenitud y su aplicación con todo su significado y riqueza en un orden social, político y jurídico de pleno siglo XXI.

2.1.3.- Los valores inspiradores y la dimensión de ciudadanía plena originada por la concepción conexas de los derechos civiles, políticos y sociales

La significación auténtica que debe de imperar en una sociedad en la que se concibe la conexión entre los distintos tipos de derechos humanos fundamentada en su unidad de sentido y en los valores derivados de y conectados con la propia dignidad humana, lleva a tener en cuenta y analizar otra dimensión directamente relacionada con ella: la ciudadanía. No se concibe a ésta en su acepción más clásica en cuanto pertenencia de un individuo a un Estado-nación concreto y como relación política de

⁹⁰ TAWNEY, R. M., *La sociedad adquisitiva*, Alianza, Madrid, 1972, *passim*.

⁹¹ VAN BOVEN, T. C., “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, AA. VV., VASAK, K. (ed.), Ediciones Serbal, Barcelona, 1984, pp. 77-78 y ss.; GARCÍA SCHWARZ, R., *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*, cit., p. 66.

carácter fundamental entre individuo y orden político-jurídico en el que se incluye⁹². Muy al contrario y siguiendo a MARSHALL, la ciudadanía es la condición de pertenencia de un conjunto de seres humanos -dotados del estatus de persona, ciudadano o persona con capacidad de obrar- a una determinada comunidad política en la que se incluyen, residen con un nivel de vida digno y se realizan en su condición, para lo que el conjunto de derechos humanos en su totalidad aparece como eje coordinador de la misma y de referencia⁹³.

La finalidad principal perseguida con la ciudadanía es la básica y trascendental dotación de contenido de dignidad a la propia existencia vital e individual⁹⁴. Finalidad en la que los distintos tipos de derechos humanos y sus valores inspiradores desempeñan un rol de piezas clave frente a la sustitución del sujeto de derecho individualista por el ser humano incluido en una subjetividad plural⁹⁵. Así es como la ciudadanía *stricto sensu* queda, en cierta medida, desvinculada de los estrechos límites concretos estatales y se liga no sólo a los valores universales inspiradores de los derechos humanos, sino lo que es más importante, a ellos mismos. La ciudadanía tiene, de este modo, una dimensión jurídica –está fundamentada sobre derechos, derechos humanos universales-, social –en clara coherencia con la anterior se debe de asentar sobre una democracia social inclusiva- y política –ambas dimensiones anteriores se han de materializar en la pertenencia real e inclusión en la comunidad política de residencia fáctica-. Resultado: se produce una conexión directa de esta ciudadanía con el significado propio de contar como persona, ciudadano o persona con capacidad de obrar en la vida social.

⁹² En este sentido, *vid.*, COSTA, P. *Cittadinanza*, Laterza, Bari, 2005, p. 3 y ss. Desde una concepción politológica, para analizar el sentido que alcanzó el concepto del Estado-Nación y lo que ello supuso, *vid.* la clásica obra de RENAN, E., *¿Qué es una nación?*, Sequitur, Madrid, 2001.

⁹³ Esta concepción de ciudadanía presenta una clara identificación con la *ciudadanía sustantiva* que propusiera MARSHALL, definida como un conjunto de derechos civiles, políticos y sociales que implican alguna forma participación en el gobierno; frente a la concepción *formal* de la misma en cuanto pertenencia a un estado-nación, que iría más en relación con el concepto tradicional y clásico de ciudadanía. MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, cit., p. 100 y ss.

⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p. 159. Asimismo, GARCÍA SCHWARZ, R., *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*, cit., pp. 117 y ss.

⁹⁵ FARIÑAS DULCE, M^a J., “Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1999, p. 3.

Tanto desde idéntica óptica analítica como desde sus mismos fundamentos, si antes se había explicitado la distinta tipología de derechos humanos, igual taxonomía se puede predicar de la propia ciudadanía, pudiéndose dividir ésta en una ciudadanía civil, política y social, fundamentalmente y no como categorías enfrentadas. En cada una de ellas, según el caso, tiene particular importancia y relevancia el grupo de derechos civiles, políticos y sociales y sus principales valores inspiradores, si bien es necesario recalcar la unidad e interdependencia que existe entre éstos, manifestada igualmente en las diferentes dimensiones de esta ciudadanía.

De nuevo, el punto de partida a tomar como referencia para la concepción de la interconexión entre las tres dimensiones de ciudadanía para que adquiera sentido ésta es la propia igualdad material. Una igualdad material que admita en su seno diferencias pero no desigualdades, con lo que sólo desde esta perspectiva de este valor tendría cabida la inclusión de la persona en una sociedad plural. Es decir, sólo si se parte de una ciudadanía en la que la igualdad material esté asegurada y se realice de un modo efectivo, se estaría dando acceso no sólo al disfrute de los distintos derechos humanos, sino también desde los mismos, al propio desarrollo del proyecto vital humano en el marco de un sistema político participativo e inclusivo socialmente –democracia social– como muestra de pertenencia real a la sociedad en la que se encuentra la persona⁹⁶. Así es como la propia ciudadanía adquiere y posee un auténtico sentido pleno, pues está cumpliendo -ante todo- una función integradora social, jurídica y política. Es más, una función integradora no sólo de aquellas personas mejor situadas para ello, sino del conjunto de las mismas que se encuentran en los márgenes o en peor situación.

Este último aspecto constituye una aspiración que debería hacerse real desde estos postulados y desde el grado de desarrollo civilizatorio alcanzado por nuestra sociedad, en el que la ciudadanía se presenta como clave para el acceso a la institucionalización, titularidad y ejercicio real de los derechos humanos como instrumento de democratización social y jurídico-política de los Estados modernos. Es decir, una vinculación de los derechos con la situación real de poder de sus titulares para

⁹⁶ En este sentido, RADBRUCH vincula una verdadera democracia participativa con el reconocimiento de los derechos sociales. Enlaza así la democracia formal con la democracia material o sustantiva y deja de lado la configuración de la democracia como mero procedimiento, MONEREO PÉREZ, J. L., “La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política”, estudio preliminar a la obra de RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, cit., pp. C-CI.

garantizar un mínimo de justicia social a las personas en aras de que, materialmente, se valgan de sus derechos y libertades reconocidos formalmente⁹⁷. Así es como una ciudadanía plena constituye un verdadero y completo estatus basado en la titularidad y ejercicio de unos derechos humanos vinculados a la propia concepción de miembro pleno de una comunidad en base a la que se deben todos los miembros, con fundamento en la propia solidaridad y la previsión comunitaria de las necesidades básicas socialmente reconocidas. Se configura así una determinada y concreta esfera de seguridad y de bienestar sujeta al marco jurídico-político del Estado social y democrático de Derecho⁹⁸.

Por otro lado, ligada a la dimensión de la ciudadanía que se ha explicitado y fruto de los procesos político-jurídicos de organización e integración estatales en estructuras supranacionales, especial mención merece el caso concreto de la Unión Europea y la ciudadanía europea. Ésta apareció definida en el artículo 17.1, del Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992 en la ciudad holandesa de Maastricht. A nivel general, se puede valorar como un paso al frente por parte de la Unión, sobre todo en su concepción política, pues ya se deja constancia del intento de la no prevalencia de los aspectos económicos frente a la formalización y refuerzo del aspecto político.

Ahora bien, en clara conexión con ello, esta ciudadanía europea, precisamente, en una lógica un tanto contraria a lo que se viene argumentando, es más bien muestra de una ciudadanía claramente ligada a su sentido político-jurídico clásico, pues viene a reconocer un conjunto de derechos de distintas categorías a la totalidad de personas nacionales de cualquiera de sus Estados miembros⁹⁹. Así, es una suerte de ciudadanía-nacionalidad, pues no parte de la dimensión jurídica sustentada sobre los derechos humanos universales y sí supone un concreto título de pertenencia para el conjunto de personas constituyentes de la Unión Europea que, en base a la entidad político-jurídica en la que se incluyen, derivan para ellos un conjunto de derechos -más civiles y

⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 175-176.

⁹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p. 166.

⁹⁹ Tal y como refleja literalmente el artículo 17.1 del TUE: *será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.*

políticos que sociales- directamente relacionados con su libre circulación y residencia por los Estados miembros en un territorio único sin fronteras internas. Se invierten los términos: si la ciudadanía plena con todas sus implicaciones -antes explicitadas- es la que ha de ser la dimensión valedera del auténtico sentido de pertenencia e inclusión a y en una comunidad política, por el contrario, la nacionalidad política poseída condiciona la propia ciudadanía europea –una persona va a tener la condición de ciudadano de la Unión siempre y cuando posea la nacionalidad de un Estado miembro-¹⁰⁰.

En este sentido, salvando un poco la significación e implicaciones ya aludidas de la ciudadanía plena, es necesario ser conscientes de que la ciudadanía europea es superpuesta y/o añadida, no suponiendo la anulación de la anterior, si bien sí una limitación o restricción en las dimensiones de la primera. Pero también se plantea el conflicto, en un mundo cada vez más globalizado¹⁰¹, de si predomina la dimensión espacial micro sobre la que aplicar el verdadero sentido de una ciudadanía plena; o la dimensión espacial macro, en la que existe una concepción restringida y netamente política de la misma en clara contradicción –precisamente- con la universalidad y la internacionalización de los derechos humanos, auténticos inspiradores y eje sobre los que articular la ciudadanía. Sin duda alguna, parece ser que la instauración y predominio del significado genuino de la ciudadanía plena en un futuro –esperemos que no muy lejano- pase en primer lugar por destacar la importancia de las dimensiones que conlleva la primera a nivel de las distintas comunidades políticas de los Estados para que, posteriormente, también se internacionalice y universalice los alcances de aquélla en su plenitud.

¹⁰⁰ GIL IBÁÑEZ, J. L., “La ciudadanía europea: un nuevo enfoque para la libre circulación de personas”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, año 34, núm. 2, febrero 2008, pp. 8-9. Igualmente y en conexión se argumenta, bajo el amparo de la evolución del concepto de ciudadanía a la vista de los cambios sociales y el papel de las Administraciones Públicas, cómo la ciudadanía europea se ha convertido en un estatus fundamental desde el que ejercitar el derecho de libre circulación y residencia, AGUADO I CUDOLÀ, V., “Ciudadanía, libre circulación de personas y derechos sociales”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, núm. 267, abril 2007, pp. 5-12.

¹⁰¹ *Vid.*, al respecto y en conexión con la ciudadanía europea, MEDINA MORALES, D., “Cultura y ciudadanía europea”, en *Ciudadanía y persona en la era de la globalización*, AA. VV., APARISI MIRALLES, A. (Ed.), Comares, Granada, 2007, pp. 139-161.

2.2.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Afrontar la definición del concepto y categoría “derechos sociales” de una manera concreta y omnicomprensiva es una labor, sin duda alguna, difícil de realizar, porque son parte de un paradigma joven y amplio, como es el del Derecho Social, que lleva dos siglos de existencia, pese a los que ha experimentado un notable desarrollo doctrinal y científico.

Hemos de partir del hecho de que ya en su misma denominación no hay una unificación para su designación, puesto que en algunos casos se les cita como derechos sociales, económicos y culturales, en otros derechos económicos y sociales o en otras ocasiones, simple, llana y predominantemente derechos sociales¹⁰². Ésta última, será la que se adoptará en adelante para referirse a ellos.

2.2.1.- Caracterización técnico-jurídica

Los derechos sociales poseen un conjunto de rasgos notorios jurídico-políticos y definitorios de su propia esencia y razón de ser, justificativos plenamente de sus pretensiones y objetivos como derechos humanos fundamentales y teniendo como marco de referencia el paradigma del Derecho Social. Cada uno de ellos son analizados a continuación.

¹⁰² DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 16-21. Este mismo hecho es expuesto por el autor, añadiendo la circunstancia de que la pluralidad denominativa puede desembocar en que se aluda a realidades sólo parcialmente coincidentes. En sentido similar se pronuncia MARTÍNEZ DE PISÓN, cuando esta distinta denominación posible la incluye como una de las incertidumbres de los derechos sociales y propone otros adicionales tales como: derechos prestacionales, derechos de crédito, derechos de los trabajadores, etc. *Vid.*, MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., pp. 107-110. Por su parte, ciertos autores no defienden esta pluralidad nominativa, sino que aluden a que la noción *derechos económicos, sociales y culturales* es propia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo el sujeto obligado el Estado, mientras que la denominación de *derechos sociales* proviene del derecho constitucional y de las distintas ramas del derecho nacional reguladas por el modelo del Derecho Social, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 120.

A) Los derechos sociales como derechos humanos subjetivos de carácter fundamental de titularidad individual

Tal y como se ha puesto de manifiesto en la categorización analítica anterior de los derechos humanos, los derechos sociales son, ante todo, derechos humanos subjetivos de titularidad individual que tienen la consideración de derechos fundamentales –tanto en el plano jurídico-formal como en el material-. Estos son los aspectos concretos de los derechos sociales que van a ser tratados a continuación.

En clara coherencia con lo ya analizado respecto a los derechos humanos en el epígrafe anterior, el punto de partida básico es la consideración de los derechos sociales como derechos que pertenecen a toda persona en sí misma, por su propia condición como tal. Asimismo, tienen como principal rasgo el articularse no ya sólo tomando como valor central la propia dignidad humana, sino también la igualdad material en clara conexión con los restantes valores inspiradores de otros derechos -reafirmando su interdependencia y sentido total-. Muy especialmente con la solidaridad, por las implicaciones que conlleva y con las libertades fácticas que supone la realización primera de una igualdad material. Con esta argumentación es fácil aprehender el verdadero significado y alcance de la consideración de los derechos sociales como parte integrante y categoría del conjunto más amplio de los derechos humanos.

Es entonces cuando, a partir de la consideración precedente, estos derechos sociales resultan expresados como intereses jurídicamente protegidos cuya satisfacción queda encomendada a la voluntad de su titular, articulándose, pues, como un derecho subjetivo¹⁰³, a la vez que cumplen una función muy propia en razón de su primitiva concepción como expresión jurídica y positivación de valores¹⁰⁴. Es decir, la

¹⁰³ Definición de derecho subjetivo simplificada, pero clarificadora, propuesta por DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., cit., p. 34. Para profundizar sobre este concepto, *vid.*, DABIN, J., *El derecho subjetivo*, Comares, Granada, 2006. En esta obra clásica, el autor francés se propone estudiar la noción de derecho subjetivo en el conjunto del sistema jurídico positivo, cuyo fundamento y significación trata de hallar para, posteriormente, construir la teoría. Es en esta tarea donde entra en relación el individuo humano como supuesto titular del derecho subjetivo, su relación con otros seres y con el Estado, tanto en la dimensión nacional como internacional. Analizando los derechos fundamentales como derechos subjetivos, BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., pp. 40-46.

¹⁰⁴ O *pretensiones morales justificadas*, en términos de PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., p. 277. Sobre la diferenciación de los valores y relación con otras figuras

articulación de estos derechos, en cuanto derechos subjetivos, está suponiendo el reconocimiento a la persona de una facultad de poder de disposición netamente protegida por el ordenamiento jurídico –nacional y/o internacional, según se encuentre reconocido el derecho social correspondiente en uno, en otro o en ambos niveles- y por la comunidad jurídico-política estatal de la que forme parte la misma. Así es como la auténtica significación de la posesión de un derecho subjetivo social es la situación como sujeto en una posición desde la que poder exigir o reclamar de o frente a otros la satisfacción de una expectativa de comportamiento que, para que tenga cumplimiento, es trascendental en pleno siglo XXI la forma del Estado social de Derecho por su componente activo protector.

Pero es que además, no hay que olvidar el paradigma del constitucionalismo social, mediante el que este conjunto de derechos sociales quedan reconocidos en la propia Norma Fundamental. Sólo en este marco es posible que la pretendida igualdad material de los derechos sociales presente una relación directa y conexión con la igualdad social, en la que éste último adjetivo supone el compromiso estatal de una acción positiva y decidida en consonancia con los principios de redistribución y compensación¹⁰⁵. Es en éstos últimos donde la igualdad material encuentra sus verdaderas premisas, pues desde ellos, los derechos sociales, su contenido, objeto y finalidad, corrigen las posibles desigualdades y, por tanto, hacer real la igualdad material.

Esta subjetividad es la que conecta directamente con el carácter fundamental que presentan estos derechos. Un rasgo el de fundamental que para los derechos sociales es clave en su concepción y finalidad, por las implicaciones que conlleva. Es entonces cuando partiendo de la correspondencia entre derechos humanos y derechos fundamentales antes explicitada, se aborda la fundamentalidad que puedan presentar los mismos.

Desde un sentido jurídico-formal adquieren la condición de derechos sociales fundamentales todo el conjunto de derechos humanos sociales que han sido

jurídicas, PAREJO, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 139-146.

¹⁰⁵ GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, cit., p. 117.

positivizados y reconocidos principalmente en las constituciones -en el marco del constitucionalismo social- o en el derecho internacional vinculante para el Estado. Es decir, los derechos sociales serán fundamentales cuando el deber ser de la Constitución o el Derecho Internacional Público vinculante imponga que los mismos son partícipes del carácter jurídico *iusfundamental*. Esto supone que, como derecho social fundamental subjetivo venga garantizado su contenido en el interior del ordenamiento jurídico, cumpliendo así las esenciales funciones de legitimar tanto al conjunto del Estado social de Derecho como de proteger la dignidad humana y los valores derivados¹⁰⁶.

Sin embargo, más importancia aún presenta el dotar del carácter de fundamental a los derechos sociales desde una concepción estricta material. Es decir, otorgar este rasgo al conjunto de derechos sociales que no vengán reconocidos en el ordenamiento jurídico como derechos fundamentales. A tal fin, se presenta como trascendental la concepción de este conjunto de derechos como aquellos a los que cabe atribuirles las notas de básicos y esenciales para el propio ser humano y que, por ende, se presentan como propios e inherentes al desarrollo de su personalidad, en cuanto que se hallan vinculados a un conjunto de necesidades básicas y bienes sociales como instrumento compensatorio de situaciones de desigualdad¹⁰⁷. Por tanto, la fundamentalidad proviene estrictamente del ser de la persona humana, no del deber ser de la norma constitucional o del Derecho Internacional Público¹⁰⁸.

Estas dos concepciones son las que hoy en día deben presentar una tendencia orientada claramente a su convergencia, coincidencia y aproximación. Sólo así los derechos sociales, con su carácter fundamental, aparecen netamente ligados a su objetivo y finalidad, que no es otro que la igualdad real y material. En este sentido, la referida asunción de la igualdad como valor que desarrolla la dignidad del hombre y su naturaleza intrínseca a los derechos fundamentales y a los derechos humanos, es un elemento clave para la defensa de la inclusión de los derechos sociales dentro de los derechos humanos como derechos fundamentales, hasta el punto de que puedan, y

¹⁰⁶ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, cit., pp.7-8.

¹⁰⁷ LOPERA MESA, G. P., “Diversidad cultural y derechos sociales”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 59, julio 2007, p. 39.

¹⁰⁸ BASTIDA, F. J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en *Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación*, AA. VV., GARCÍA MANRIQUE, R. (Ed.), cit., p. 109.

deban, ser denominados derechos sociales fundamentales. Es así porque, como ya se advirtió, el valor central sobre el que principalmente ha quedado, queda y quedará construida toda la categoría de los derechos sociales es la misma igualdad, no sólo en su sentido formal -ante la ley-, sino material -su realización práctica y efectiva-, obviamente sin olvidar su conexión con otros valores.

Entonces, la genuina concepción cardinal desde la que poder valorar la fundamentalidad de un derecho social es su propio contenido y, en este caso concreto, su constitución como medio para que tanto en el seno de la comunidad como en el de su organización social, política y jurídica, se permita el desarrollo máximo del conjunto de dimensiones configuradoras de la dignidad humana¹⁰⁹. Así es como, desde esta función, deberían articularse todo el conjunto de derechos sociales como derechos sociales fundamentales, pues se ha de tener presente que el conjunto de derechos inherente a la dignidad humana constituye el fundamento del orden político y de la paz social en los Estados de Derecho. Y si no ha sido así en sentido jurídico-formal y se han articulado como principios rectores, es preciso concebir a éstos como una antesala de futuros nuevos derechos sociales –como mínimo en sentido material- que necesitan de la acción del poder público para hacerse efectivos y desarrollarse adecuadamente mediante las políticas sociales correspondientes orientadas a los mismos fines y objetivos, aunque como contrapartida en este caso no dispondrían de la misma protección, cobertura y garantía¹¹⁰.

Muy ligado y en consonancia con la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales, conviene hacer explícita la correspondiente titularidad de los mismos como individual. En un primer momento y tras un somero análisis de lo ya expuesto, se podría argumentar que el conjunto de los derechos sociales serían de titularidad colectiva. Atendiendo a su sentido jurídico y material tratarían, ante todo, de igualar a un conjunto determinado de personas que se hallaría en situación de desigualdad y, por tanto, sólo el colectivo de personas pertenecientes al determinado grupo en mayor situación de vulnerabilidad serían sus titulares. Esta concepción no es la

¹⁰⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: su génesis y concepto”, *Revista Derechos y Libertades*, núm. 6, 1995, p. 29.

¹¹⁰ CARRILLO, M. “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”, cit., p. 70. Sobre la estructura de las normas sobre derechos fundamentales en relación a si los califican como reglas o principios, *vid.*, DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., cit., pp. 46-49.

adecuada a la titularidad de los derechos sociales como categoría de los derechos humanos. Primero, porque éstos últimos son atribuidos individualmente a todas las personas y, segundo, porque la universalidad de los mismos se vería fragmentada, dañada y rota. Muy al contrario, pese a que se mantenga y defienda la posición comunitarista de los derechos sociales como derechos de grupos, sobre ella ha de sobresalir y primar la titularidad individual de los mismos bajo la justificación de la propia razón del ser humano como sujeto concreto y de sus específicas situaciones sociales, no obviando, por supuesto, su tradicional y clásica formulación tomando el presupuesto previo de la desventaja social de su pertenencia a una colectividad presentadora de caracteres de vulnerabilidad y desigualdad desde las propias particulares condiciones materiales de su existencia¹¹¹. Ahora bien, en el caso concreto de determinados derechos sociales, este planteamiento no impide el ejercicio colectivo de ellos –en un mismo sentido y dirección en aras de la consecución de un fin colectivo– por las personas integrantes de un grupo, con lo que implícitamente se manifestaría también una cierta dimensión comunitaria o social –colectiva– de estos derechos en cuestión¹¹². Pero, en cualquier caso, se ha de tener presente que son las propias necesidades y condiciones materiales existenciales particulares las que dentro de cada grupo concretizan y resaltan la figura de la persona humana individualmente considerada. Circunstancia que hace que, dentro del grupo, el titular sea un individuo.

En esta situación es donde entra a formar parte y a desempeñar un rol importante el nivel de vida digno y la igualdad en el punto de llegada que presupone alcanzar el contenido de cada uno de los derechos sociales. Se intenta conseguir el mismo desde el conjunto de relaciones de distinto carácter en las que se encuentra incluido la persona humana dentro de la comunidad jurídico-política. Así no son sólo titulares de estos derechos sociales todos aquellos ubicados en desventaja y que más lo necesitan para conseguir una igualdad material, sino también aquellos que se encuentran ubicados en mejor posición por la exigencia de su solidaridad, mediante el principio de redistribución y de igualación para con los demás. Esto supone una estrecha relación

¹¹¹ VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 82.

¹¹² Muestra paradigmática de esta situación, es el caso de los derechos sociales de sindicación y huelga. Son derechos sociales de titularidad individual pero de ejercicio colectivo, con una clara finalidad de representación, defensa y realización de intereses colectivos. Sobre el concepto de derechos colectivos, su sentido, alcance y problemática, LÓPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pp. 91-104.

entre la conciencia individual y la colectiva por la que cada miembro tiene un compromiso con el bienestar y el mínimo vital de los demás¹¹³. Es decir, la titularidad individual de los derechos sociales está suponiendo -implícitamente y muy en coherencia con el paradigma del Derecho Social- una filosofía societaria que liga igualdad con solidaridad como presupuesto previo a la realización del conjunto de las libertades. La misma recalca la titularidad individual de los derechos sociales desde la óptica de que sus contenidos, fines y objetivos, los experimenta una persona. Una persona ubicada en la historia con unas necesidades a satisfacer en forma de derechos que no se va a encontrar aislada y sí se puede incluir en alguno de los grupos resultantes de las relaciones sociales internas a la comunidad.

B) La universalidad de los derechos sociales y su alcance jurídico-político

Se ha venido manteniendo la dimensión universal que presentan los derechos humanos y la importancia poseedora para su interdependencia, comunicabilidad y titularidad. Si se concibe a los derechos sociales como un tipo o categoría de aquéllos, este rasgo también presenta notoriedad para éstos. Particularmente, tiene un alcance de carácter jurídico-político relevante: los dota de un mayor realismo y efectividad.

El punto de partida para una adecuada concepción del significado de la universalidad de los derechos sociales debe de ser lo advertido en el subepígrafe precedente: la titularidad individual de los mismos de toda persona socialmente ubicada y contextualizada¹¹⁴. Esta titularidad conlleva implícitamente una redefinición de la universalidad, pasando de concebirse como una exigencia básica de trato igual para todas las personas, a definirse auténtica y genuinamente como el conjunto de exigencias básicas de cualquier sujeto que presente una situación de necesidad, se halle en una

¹¹³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., pp. 106-107.

¹¹⁴ En este sentido, se apunta el hecho de que no se ha de confundir la universalidad de los derechos sociales con el proceso de especificación de los mismos –los grupos: menores, discapacitados, etc.-, pues la universalidad hace referencia a todas las personas incluidas en el mismo o en varios a la vez, LEMA AÑÓN, C., “La disputada universalidad de los derechos sociales. Entre asistencialismo y desmercantilización”, en *Los derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, AA. VV., RIBOTTA, S. y ROSETTI, A. (eds.), Dykinson, Madrid, 2010, p. 80.

situación de desigualdad y, por tanto, requiera una protección por el derecho¹¹⁵. Una protección enmarcada en el Derecho Social y brindada por los derechos sociales.

De este modo, el sentido de esta universalidad adquiere una mayor relevancia en conexión con la concreta dimensión de la igualdad a la que va ligada los derechos sociales: la igualdad material. Así se desemboca en una universalidad igualadora materialmente, sostenida desde la dimensión jurídico-formal de los mismos, en la que las diferencias existentes entre las distintas personas no son tenidas en cuenta para la titularidad y ejercicio de los derechos sociales con una clara intención igualadora en la realidad. Universalidad igualadora que supone adicionalmente una ética de alcance universal¹¹⁶ manifestada en la obligación que tanto legislador como poder público – desde el Derecho Social y desde el constitucionalismo social- tienen para la puesta en práctica jurídico-política de un conjunto de medidas y estrategias protectoras y tendentes a la igualdad -formal y material-, siendo referente los propios derechos sociales.

Como resultado, esta necesaria redefinición para la delimitación del verdadero alcance de esta universalidad tiene la consecuencia de que, la misma, se divida – interconectada y comunicadamente- en unas vertientes complementarias que realzan su importancia y valor de conjunto¹¹⁷. De esta forma, esta universalidad posee un sentido activo –se puede exigir la titularidad de los derechos sociales por parte de todas las personas teniendo en cuenta las condiciones materiales de su existencia personal-, pasivo –los titulares de los derechos sociales los pueden exigir frente al orden jurídico-político- y objetiva –la exigencia del mismo contenido de los derechos sociales para la totalidad de aquellos que se hallen en situación desigual-. De la comunicación en su plenitud de estas tres dimensiones internas dotadoras de sentido, lógica y coherencia

¹¹⁵ AA. VV., *Lecciones de Derechos Sociales*, 2ª ed., AÑÓN ROIG, M. J. y GARCÍA AÑÓN, J. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 64-65. La no adecuada redefinición del concepto de universalidad para los derechos sociales es lo que ha llevado a un sector de la doctrina *iusfilosófica* a concebir estos derechos como *tendencialmente* universales, CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 32-41. Atendiendo a la circunstancia descrita y apostando por la necesidad de que los mismos sean vías contingentes de solución de conflictos vigentes en el momento actual, VELARDE, C., *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, cit., pp. 124-125.

¹¹⁶ Formulada en términos de *exigencia de un imperativo ético de alcance universal* por CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos Sociales: teoría e ideología*, cit., p. 25.

¹¹⁷ Vertientes que son definidas como *constados y perspectivas* por LOPERA MESA, G. P., “Diversidad cultural y derechos sociales”, cit., p. 39.

interna a la redefinición de la universalidad de los derechos sociales, depende en parte la efectividad y valor de los mismos en el marco del Estado social de Derecho.

C) Los derechos sociales como protectores del hombre socialmente situado

En el interior del debate de la titularidad individual o colectiva de los derechos sociales está latente permanentemente el dilema sobre su universalidad para la atribución de los mismos, tanto en titularidad como en ejercicio, y desde los que poder hacer real la igualdad material. A fin de tratar de esclarecer esta problemática, se ha de entender que los derechos sociales son, ante todo, derechos de la persona contextualizada socialmente, con un conjunto de atributos que le hacen poseedora de una condición necesitada de protección y de tutela en el marco de las implicaciones del Estado social de Derecho¹¹⁸. Sólo a partir de aquí es posible concebir tanto la universalidad como la titularidad individual de estos derechos en cuanto propósito de igualdad y de satisfacción de necesidades mínimas vitales de la totalidad de las personas, frente a lo que el orden social, jurídico y político tiene la obligación de realizar y poner en marcha un elenco de estrategias protectoras de la igualdad material en conexión con la propia solidaridad. Desde esta concepción, se admite no sólo que los derechos sociales sean de titularidad individual y ejercicio individual, sino también que sean de titularidad individual pero de ejercicio colectivo. Así se está evitando la caída en un individualismo utilitarista, ya que se concibe al ser humano como miembro de la comunidad y sin tener en cuenta con un carácter excluyente su inclusión en

¹¹⁸ Esta condición y necesidad de tutela y protección se encuentra en estrecha relación con la *posición jurídico-prestacional* de los derechos fundamentales desarrollada por ALEXY. Para este autor, en el caso de los derechos fundamentales, se hace necesaria la distinción entre *derechos a algo o pretensiones y libertades y competencias*. Entre los primeros, a su vez, distingue entre derechos a acciones negativas – que coinciden con los derechos de defensa- y a acciones positivas –que coinciden con los derechos a prestaciones, ya sean a una acción positiva fáctica o a una acción normativa, siendo lo relevante la satisfacción del derecho-. Para profundizar en las concepciones teóricas sobre los derechos fundamentales, *vid.* la clásica obra, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 186-227. Profundizando en el pensamiento e implicaciones de la obra en relación a lo manifestado, *vid.*, ALEXY, R., “Sobre los derechos constitucionales a protección”, GARZÓN VALDÉS, E., “Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy” y HIERRO, L. L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, AA. VV., GARCÍA MANRIQUE, R. (ed.), cit., pp. 45-84 y 151-222.

determinados grupos sociales en una sociedad fragmentada y desigual¹¹⁹. Se toma en cuenta, de este modo, a la persona en su condición de trabajadora, en su condición de anciana, en su condición de extranjera inmigrante, en su condición de emigrante, en su condición de inválida, etc., para atender por igual a los derechos sociales y todas sus necesidades mínimas que le aseguren un nivel de vida digno.

El planteamiento aquí expuesto al respecto viene a coincidir con los postulados de uno de los grandes autores del paradigma del Derecho Social, como es GURVITCH. Para este autor –reafirmando precisamente lo establecido– los derechos sociales no tienen en cuenta al ciudadano abstracto, sino todo lo contrario, a la persona específica ubicada en la estructura social¹²⁰. De ello tienen que dar cuenta, precisamente, los derechos sociales: no satisfacer los intereses de grupo sino los de las personas que lo componen. Se trata así de proteger a éstas en el seno de sus situaciones concretas dentro de la sociedad, para satisfacer mejor las necesidades de las mismas¹²¹. La consecuencia es su transformación en derechos favorecedores de la integración y de participación de los grupos –dimensión subjetiva de los derechos sociales– en una democracia social¹²².

¹¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p. 167. En estrecha conexión con este carácter, también se arguye que los derechos sociales son igualmente derechos de participación de los grupos y de las personas que los conforman no sólo en el seno de la sociedad, sino también en el interior de los mismos, garantizando así su carácter democrático, PECES BARBA MARTÍNEZ, G., “Los derechos sociales: apuntes políticos y jurídicos”, en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, AA. VV., ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M^a I. (eds.), cit., p. 31.

¹²⁰ GURVITCH define a los derechos sociales como unos derechos de participación de los individuos resultantes de su integración en los grupos y garantizadores del carácter democrático de éstos últimos, GURVITCH, G., *La Déclaration des droits sociaux*, Librairie Philosophique J. Vrin, París, 1946, p. 79. También en esta misma obra, manifiesta su concepción de los mismos: se afirma la necesidad de una Declaración de Derechos Sociales equivalente a un instrumento de lucha proclamador de derechos de participación efectiva. Distingue principalmente entre derechos sociales de los productores –derecho al trabajo y derechos del trabajo–, de los consumidores –derecho a la subsistencia, a la participación de la riqueza nacional, al seguro contra la miseria, la enfermedad, la vejez y los derechos de participación– y del hombre –derecho a la vida, a la educación, a la igualdad entre sexos, a la inmigración y emigración y a la libre elección de asociación a la que pertenecer–. Por otro lado, una breve pero completa e ilustradora síntesis del pensamiento de este autor no sólo sobre los derechos sociales, sino también sobre el Derecho Social, es la realizada por BOBBIO, N., “Gurvitch y los derechos sociales”, en *El tiempo de los Derechos*, cit., pp. 27-35. Recogiendo, igualmente sus planteamientos de un modo general, CAZZETA, G., *Estado, juristas y trabajo. Itinerarios del Derecho del Trabajo en el Siglo XX*, cit., pp. 50-52.

¹²¹ PÉREZ LUÑO, A. E., “Los derechos sociales y su significación actual”, en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, AA. VV., ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M^a I. (eds.), cit., p. 44.

¹²² Profundizando en este aspecto y sus implicaciones, *vid.*, el estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L. y MÁRQUEZ PRIETO, A., “La idea del Derecho Social en la Teoría General de los Derechos: el pensamiento de Gurvitch”, a la obra de GURVITCH, G., *La idea del Derecho Social*, cit., pp. XXIX-

Hecho que supone que, desde el propio Estado, se conciba a estos derechos como normas desde las que tratar de llevar a cabo la función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales –dimensión objetiva-¹²³.

D) La impronta desmercantilizadora de los derechos sociales

En clara coherencia con el propio carácter interno, titularidad y objetivo de los derechos sociales, un rasgo esencial y distintivo de los mismos es el marcado sentido desmercantilizador que tienen. Si, como ya se ha analizado, pretenden la consecución de una igualdad material cubriendo un conjunto de necesidades básicas¹²⁴ fundamentales para el disfrute de un nivel de vida digno y mínimo de todas las personas que forman parte de la comunidad política en la que se incluyen, en el marco del propio Estado social éstos y éste han de proporcionar y garantizar a todos los sujetos una adecuada posición de independencia respecto tanto a la cobertura de sus necesidades básicas como en relación al mercado ofercedor de las mismas. Es en esta dirección cuando los derechos sociales, desde la perspectiva jurídico-política, se convierten en desmercantilizadores. Consideran a la persona independientemente a su posición en la estructura del mercado y productiva, con un claro afán garantizador de vida digna e igualatorio materialmente a fin de evitar su exclusión sociopolítica.

Desde estos postulados previos es como se hace preciso comprender que la eficacia desmercantilizadora de los derechos sociales acontece cuando un bien o un servicio socialmente garantizado son prestados para la cobertura del conjunto de necesidades básicas de las personas de la comunidad desde las concepciones internas

XLVIII; en el mismo sentido, *vid.*, el estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., “Pluralismo jurídico y Derecho Social: la Sociología del Derecho de Gurvitch”, a la obra de GURVITCH, G., *Elementos de Sociología Jurídica*, Comares, Granada, 2001, pp. CXXV-CXVLI.

¹²³ Ambas dimensiones han sido puestas de manifiesto por PÉREZ-LUÑO, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, cit., pp. 294-295; IBÍDEM, “Los derechos sociales y su significación actual”, en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, AA. VV., ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M^o I. (eds.), cit., p. 43.

¹²⁴ Esta cobertura de necesidades básicas es considerada por un sector de la doctrina *iusfilosófica* como el fundamento propio de los derechos sociales, AA. VV., *Lecciones de Derechos Sociales*, AÑÓN ROIG, M. J. y GARCÍA AÑÓN, J. (coord.), cit., pp. 106-109. Igualmente son relacionadas con el bienestar social, MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., pp. 159-200.

del paradigma del Derecho Social, implicando un *mínimum* vital o subsistencia de aquéllas sin necesidad obligada de dependencia del mercado de bienes y servicios¹²⁵. En consonancia, para la plenitud de significación de esta impronta, ni el mercado ha de tener la condición de principal, única y exclusiva entidad productora del bienestar social, ni los derechos sociales han de ser considerados de una ciudadanía política exclusiva. Muy al contrario, el Estado social de derecho es el que debe erigirse como principal garante protector jurídico-político de cobertura de necesidades básicas aseguradoras de un nivel de vida digno y adecuado en base a los propios valores y sentido de una ciudadanía plena inclusiva tendente a la igualación material de todos los que la componen: se concibe a la persona contextualizada en el seno de las redes sociales, pero no en relación a su posición en el mercado, con lo que implícitamente también está perdiendo la persona su propia condición de mercancía¹²⁶.

Además, *a priori*, desde esta labor desarrollada y rasgo, se puede concebir una participación de las personas en la comunidad. Es así porque desde la garantía de unas condiciones mínimas existenciales se dan las condiciones adecuadas para la inclusión sociopolítica del conjunto de personas y, en el caso de que se hallasen en situación de vulnerabilidad, tanto la propia redefinición de universalidad como la labor equilibradora de los derechos sociales tenderían a una inclusión y participación efectiva.

E) Los derechos sociales como coayudantes para la realización de la igualdad material

¹²⁵ Concepción del rasgo desmercantilizador manifestada por MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p. 34; IBÍDEM, “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales como derechos de <<desmercantilización>>”, cit., p. 18. Es por esta tarea por la que cree este autor –desde la doctrina *iuslaboralista*- que los derechos sociales, *políticamente*, deben de ser denominados *derechos de desmercantilización*.

¹²⁶ En este sentido, los derechos sociales se pueden concebir como derechos de desmercantilización en cuanto instrumentos de redistribución *a posteriori* –redistribución del producto social- y en cuanto medios para producir y generar el producto social para que no adquiriera el carácter de mercancía –desmercantilización-, LEMA AÑÓN, C., “La disputada universalidad de los derechos sociales. Entre asistencialismo y desmercantilización”, en *Los derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, AA. VV., RIBOTTA, S. y ROSETTI, A. (eds.), cit., p. 99.

Como corolario a lo ya expuesto en cuanto presupuestos previos de la teoría de los derechos sociales, se ha de recalcar la trascendencia que posee la igualdad –en su dimensión material- para los derechos sociales, sus fines y objetivos. El presupuesto de partida necesario es que este valor se presenta no sólo conectado con otros valores como la libertad o la solidaridad, sino que también lo está con la propia igualdad formal. Si bien es cierto que ésta última, en el desarrollo de la historia, tuvo un gran éxito y predicamento en el marco de los sistemas políticos liberales, de las revoluciones burguesas y en las primeras grandes declaraciones internacionales de derechos, no menos verdadero es que con el transcurso del tiempo esta igualdad formal -exigencia jurídico-política de igualdad ante la ley y en la aplicación del Derecho- cada vez se veía más alejada de la realidad si no se cumplía y predominaba una igualdad material. Una igualdad material básica para permitir el desarrollo de la persona, su existencia digna y, como consecuencia, su participación e inclusión sociopolítica en la comunidad política en la que se halla. Es decir, unas pretensiones que presentan una identificación con la propia razón de ser de los derechos sociales.

De este modo, no es una perspectiva adecuada la defensa de que ambas dimensiones de la igualdad han de estar enfrentadas y formar compartimentos estancos, sino que más bien se puede manifestar no sólo su continuidad histórica, sino también, apriorísticamente, su comunicabilidad desde la concepción del valor trascendental de la igualdad material como condición necesaria previa para el sentido de la igualdad formal¹²⁷ y, en conjunto, de la igualdad como valor derivado de la dignidad humana conformadora del núcleo conceptual y dogmático de los propios derechos humanos y la interconexión entre sus categorías.

En este sentido, los derechos sociales pretenden -desde la consideración de la importancia que merece la persona en la vida social tomando en cuenta la situación concreta de existencia material que presenta- la realización de una igualdad de trato atendiendo a su universalidad y bajo una justicia equiparadora y equilibradora de bienes y situaciones socioeconómicas para, desde aquí, proteger la realización efectiva no sólo del resto de libertades, sino también de la igualdad formal y la solidaridad –ésta última

¹²⁷ Comunicabilidad y conexión entre igualdad formal e igualdad material –ésta última como exigencia de desarrollo de la anterior- manifestada y defendida por PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 36-38.

en estrecha relación directa con las propias intenciones de esta categoría de derechos-. Es decir, se está asegurando a las personas que forman parte de la comunidad un mínimo vital de existencia, un conjunto de derechos clave para su participación e inclusión en la vida sociopolítica –democracia social¹²⁸- y una posición de independencia relativa con respecto a los intereses del mercado.

Para ello, se antoja clave el rol netamente activo que ha de desarrollar el propio Estado social como garante de un conjunto de servicios sociales y transferencias que satisfagan el conjunto de necesidades consideradas básicas para una vida digna de las personas. Esta acción puede presentarse en línea de igualdad material como equiparación e igualdad material como diferenciación¹²⁹. En la primera, respeto y protección del conjunto de necesidades básicas se hallan en la propia fundamentación más profunda de los derechos sociales; mientras que en la segunda, la eliminación de privilegios causantes de situaciones de desigualdad puede constituir el principal motivo de ser de algunos derechos sociales mediante su fijación como derechos subjetivos *stricto sensu* o como principios rectores de política social que tengan como intención la erradicación de esos privilegios –circunstancia que conecta directamente con la dimensión formal de la igualdad, poniendo así de manifiesto la comunicabilidad existente entre ambas dimensiones-.

Desde estos postulados y concepciones de la igualdad –principalmente la material por ser más propia de los derechos sociales, pero sin olvidar la conexión ni con las y los restantes dimensiones y derechos- los propios derechos sociales y sus pretensiones tendrán el esplendor e importancia que merecen como estándar mínimo – derechos sociales fundamentales formal y materialmente- desde los que poder construir

¹²⁸ En esta dirección, se argumenta que, siendo libertad e igualdad dos caras de una misma moneda, la complementariedad entre ambas es la que ha de servir para la definición de la forma democrática del Estado. CARRILLO, M., “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”, cit., pp. 71-72. Así, desde la concepción manifestada de los derechos sociales y con su constitucionalización, se está poniendo de relieve implícitamente –mediante la constante referencia a la inclusión y participación que conllevan los derechos sociales para las personas de la comunidad política- la importancia que posee la democracia social como sistema político del propio Estado social.

¹²⁹ Ambos sentidos son concebidos como aspectos internos de la igualdad material en cuanto principal nota diferenciadora de los derechos sociales, , AA. VV., *Lecciones de Derechos Sociales*, AÑÓN ROIG, M. J. y GARCÍA AÑÓN, J. (coord.), cit., pp. 119-120; AGUDO ZAMORA, M. A., *Estado Social y Felicidad. La exigibilidad de los Derechos Sociales en el constitucionalismo actual*, Ediciones Laberinto, Madrid, 2006, pp. 61-63.

un orden social, jurídico y político adecuado al sentido pleno que debe de tener el conjunto de los derechos humanos en el marco del Estado social de Derecho.

2.2.2.- Significado político-jurídico de los derechos sociales: las políticas internacional y europea

La propia concepción de los derechos sociales como tipología o categoría integrante de los derechos humanos y la afirmación de su universalidad hizo que, por la importancia que fueron adquiriendo éstos últimos a lo largo del siglo pasado en el orden político-jurídico internacional, se fueran positivizando por parte de las grandes instituciones políticas internacionales en grandes declaraciones de derechos -una parte de las cuales eran ocupadas por derechos sociales- sometidas a ratificación y/o adhesiones particulares estatales. Así es como el siglo XX puede ser considerado como el siglo de la aparición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por el nacimiento decidido de instrumentos internacionales de vocación mundial con la finalidad de definirlos desde su universalidad y la representación y defensa de sus valores inherentes¹³⁰. Ahora bien, no se ha de obviar que para esta realidad que aconteció en el siglo pasado tuvo también una importancia destacable, en cuanto antecedente inmediato, el conjunto de declaraciones y cartas que, a nivel nacional o incluso regional, se estaban promulgando en distintos países y regiones resultado de revoluciones sociopolíticas concretas, pero que ya incluían derechos humanos con presencia en mayor o menor medida de derechos sociales¹³¹.

Sin embargo, esta universalidad de reconocimiento y declaratoria ha sido particularizada posteriormente atendiendo a peculiaridades culturales regionales, pero siempre desde la más severa observación y respeto al estándar mínimo establecido

¹³⁰ DÍEZ DE VELASCO, M. y SOBRINO HEREDIA, J. M., “La política social internacional”, en *Garantía Internacional de los Derechos Sociales*, AA. VV., Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, p. 37. Con carácter general, sobre la dimensión supranacional de los derechos fundamentales, *vid.*, DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., cit., pp. 167-192.

¹³¹ Desde esta concepción se pueden incluir entre los antecedentes: el *Habeas Corpus* de 1679, la *Bill of Rights* de 1689, la Declaración de Virginia de 1776, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, DURÁN Y LALAGUNA, P., *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los Derechos Sociales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 17-24.

internacionalmente, como es el caso de Europa y su política sobre derechos sociales como integrantes de los derechos humanos, posteriormente analizada, cuyo nacimiento y desarrollo se produjo principalmente desde la segunda mitad del siglo XX.

A) Derecho Internacional

En el ámbito de la política internacional de positivización de los derechos sociales es necesario, para una mayor claridad analítica y expositiva, la distinción entre un sistema universal general y un sistema universal especializado en la materia laboral. Para el primer caso la institución de referencia es las Naciones Unidas, mientras que, para el segundo, la institución paradigmática es la propia Organización Internacional del Trabajo.

A.1) Las Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales

A la finalización de la II Guerra Mundial se creó la Organización de las Naciones Unidas como una asociación intergubernamental facilitadora de la cooperación en distintos ámbitos concernientes a la paz, la seguridad o el Derecho Internacional. Especial mención merece que también sean ámbitos de interés para la preservación y fomento por parte de la misma, el desarrollo económico y social y los derechos humanos. En ello tuvo una especial importancia la fundadora Carta de San Francisco de 1945 y su artículo primero y tercero, donde se explicita la alusión a tal materia. Adicionalmente, en su artículo decimotercero, la misma fija a la Asamblea General como el órgano encargado de estimular y desarrollar el respeto a los derechos humanos. Todos los logros de esta Carta y de la fundación de esta institución quedan inicialmente aquí, pues no existió en la misma un desarrollo de ellos. Sólo hay pues una alusión a que la lucha y defensa de los mismos constituye uno de sus fundamentos de acción y nombra el órgano encargado de su impulso.

La existencia de una vaguedad de contenidos en relación a la materia de los derechos es la que fomentó pocos años después la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, mediante la Resolución 217 (III) de la Asamblea General. En ella ya sí quedaba recogido un amplio elenco de derechos humanos, con lo que la misma venía a dar contenido y sentido a las intenciones puestas de manifiesto en la precedente Carta de San Francisco.

Tanto derechos civiles y políticos como derechos sociales iban a tener cabida en el corto, pero intenso, articulado de la misma, poniéndose de manifiesto que ambas categorías de derechos humanos no son independientes e inconexas no sólo sobre la base de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, sino también en la universalidad de los mismos. Muy al contrario, se muestran como complementarias con valores inspiradores derivados de la dignidad humana, en aras del progreso social y de defensa de los derechos fundamentales. Pese a ello, son bastantes menos los derechos sociales reconocidos en su interior en relación a los derechos civiles y políticos. Atendiendo principalmente y, quizás, al origen de éstos en cuanto resultado de las luchas obreras, los derechos sociales reconocidos lo son sobre todo en el ámbito laboral y de un modo amplio: derecho a la Seguridad Social –artículo 22-, derecho al trabajo –artículo 23-, derecho al descanso –artículo 24-, derecho a un nivel de vida adecuado –artículo 25-, derecho a la educación –artículo 26- y derecho a la participación en la vida cultural de la comunidad –artículo 27-. De este modo, se cubre la necesidad de dar una definición explícita y contenido jurídico internacional del catálogo de derechos sociales a proteger en base a los postulados genéricos de la Carta fundacional de las Naciones Unidas.

Cuestión distinta, más polémica y controvertida en directa relación con esta Declaración, es el grado de vinculación que presenta con respecto a todos y cada uno de los Estados firmantes por ser una Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas¹³². Para este caso concreto, la misma ha de ser considerada para éstos últimos

¹³² El conjunto de posiciones doctrinales existentes en relación a la obligatoriedad de la Declaración son sintetizadas en tres: una primera, sostenedora de la obligatoriedad de la Declaración, porque constituye la interpretación auténtica de la Carta de las Naciones Unidas; una segunda, en la que se plantea que la Declaración contiene normas consuetudinarias otorgadoras de fuerza vinculante; y, una tercera, que considera que la Declaración posee principios de Derecho Internacional y por tanto va a tener carácter vinculante para los Estados. Ésta última postura es la que compartimos. Una explicación ilustradora de las mismas es la realizada por CANESSA MONTEJO, M. F., *La protección internacional de los Derechos Humanos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 36-53. Al respecto de ellas, igualmente, *vid.*,

como la adhesión a un conjunto de derechos humanos juzgados de gran valor y perdurabilidad como muestra expresa de posiciones de orden moral, filosófico e ideológico traductoras de una ética internacional e incitadoras a un comportamiento adecuado¹³³. Desde este postulado se habilita a la misma Declaración para tener facultad obligatoria al menos como canon hermenéutico de interpretación del conjunto de derechos fundamentales de los Estados firmantes, por contener normas y principios generales del Derecho Internacional reconocidos universalmente con los años¹³⁴. Así es como se configura para los derechos humanos y, más particularmente, para los derechos sociales un estándar mínimo internacional de los mismos que aseguran, derivadamente, un concreto nivel de protección, progreso y desarrollo social que los Estados adheridos deben alcanzar, proteger y mantener. Ello se refrenda, en cierta medida como garantía, por el artículo 28 de la misma Declaración, al fijar claramente el *derecho de toda persona al establecimiento de un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamadas se hagan plenamente efectivos*. Una garantía supeditada a las implicaciones de debilidad obligacional propias de instrumentos internacionales como son las Declaraciones.

En este sentido, pocos años después de la proclamación de la misma, en el año 1966, aparecieron dos Pactos internacionales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Pactos ambos que tienen el carácter de tratado internacional: acuerdos entre un conjunto de Estados ratificantes de los mismos, reguladores de la materia de los derechos humanos y creadores de obligaciones jurídicas

PONCE MARTÍNEZ, C. F., “La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales”, *Universidad de Extremadura, Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 19-20, 2001-2002, pp. 263-270.

¹³³ DÍEZ DE VELASCO, M. y SOBRINO HEREDIA, J. M., “La política social internacional”, en *Garantía Internacional de los Derechos Sociales*, AA. VV., cit. p. 24.

¹³⁴ Tal es el caso de la Constitución Española y el artículo 10.2: *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos...* Al respecto, este artículo se constituye en el canon hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas en España, pues obliga a interpretar los correspondientes preceptos donde se recojan los mismos de acuerdo con el contenido de la Declaración. De este modo, en la práctica, este contenido se convierte en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del título I de nuestra Constitución. En este sentido, *vid.*, VICIANO PASTOR, R., y SERRA CRISTÓBAL, R., “Los Derechos Sociales y Culturales conforme al Derecho Internacional”, en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002, pp. 181-189.

para los Estados firmantes. De este modo, las distintas interpretaciones con respecto a su obligatoriedad quedan eliminadas. En consecuencia, el paso histórico de las declaraciones a los tratados y pactos de derechos humanos de carácter universal produjo un establecimiento de estándares mínimos internacionales a los que el contenido del derecho interno regulador debe ajustarse. De este hecho se deriva la situación por la que los individuos pasan a ser sujetos de derecho internacional¹³⁵.

La división establecida en estos Pactos reconocedores de una categoría y otra de derechos humanos no tuvo su razón de ser en el propio fundamento y conexión existente entre los mismos, sino más bien se pueden argumentar motivos ideológicos propios de un momento histórico de división mundial en dos grandes bloques de países con orientaciones ideológicas opuestas. Una coyuntura implicadora de que los países fueran ratificando uno u otro. La superación de la misma ha venido por el hecho de que, con el devenir de la historia, la mayoría de los Estados que ha ratificado un Pacto, ha hecho lo mismo con el otro. En cualquier caso, y al margen de esta puntualización, lo realmente relevante y lo que ha venido a confirmar el transcurso de los años, es lo proclamado en el preámbulo de ambos Pactos: la complementariedad, interconexión y comunicabilidad trascendental entre ambas tipologías de derechos para la realización personal, libre y social del ser humano, aludiendo al marco general establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³⁶.

El contenido de ambos es la definición jurídica concreta de un amplio y específico elenco de derechos, bien civiles y políticos –en mayor número-, bien sociales, económicos y culturales –en menor número-, según el Pacto. En éste último, partiendo de ser inherentes a la persona humana, quedan reconocidos un conjunto de derechos sociales relativos al trabajo, a la familia, al desarrollo vital, a la educación,

¹³⁵ ABRAMOVICH V. Y COURTIS, C., “Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de Derechos Humanos por los órganos internos”, en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, AA. VV., AÑÓN, M. J. (Ed.), Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 88-90.

¹³⁶ Así se establece claramente que *con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*. De igual forma, también teniendo presente a ésta, en el párrafo I.5 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena –aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993- claramente se establece que *todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí*.

etc¹³⁷. Mientras que en el primero quedan recogidos algunos como el derecho de reunión o a la protección de la familia, del que puede ser destacable su carácter social también.

Sin embargo existe una diferencia en las obligaciones estatales con respecto a los derechos reconocidos en uno y otro pacto. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 2.1, el respeto y la garantía de los derechos reconocidos en este instrumento internacional a todos los individuos. Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, fija, en su artículo 2.1, el compromiso de los Estados para la adopción de medidas destinadas a lograr progresivamente la efectividad de los derechos recogidos en el mismo. Es decir, está presente un grado distinto de obligatoriedad estatal con respecto a los derechos incluidos en cada uno de los Pactos que puede tener respuesta en la errónea consideración tradicional de los derechos civiles y políticos como auténticos derechos y los derechos sociales más bien como principios programáticos y rectores.

Ahora bien, igualmente es cierto que, fruto de esta diferencia, internacionalmente se está poniendo de manifiesto la necesidad de una política social internacional obligatoria de tener en cuenta como complemento necesario a la plena efectividad de los citados derechos: una política dedicada a la promoción, consagración, regulación, aplicación y protección del conjunto de derechos humanos de contenido social¹³⁸. Así es como ha tenido reflejo el establecimiento de obligaciones de alcance diferente en relación con cada categoría de derechos. Obligaciones que, para los derechos sociales, como mínimo internacional, han de tener presente su respeto, su protección y su cumplimiento posterior estatal.

A.2) La Organización Internacional del Trabajo: los Convenios

¹³⁷ Un análisis estructural de su contenido lo elabora brevemente DURÁN Y LALAGUNA, P. *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los Derechos Sociales*, cit., pp. 39-48.

¹³⁸ DÍEZ DE VELASCO, M. y SOBRINO HEREDIA, J. M., “La política social internacional”, en *Garantía Internacional de los Derechos Sociales*, AA. VV., cit. p. 37.

Si al finalizar la II Guerra Mundial con las Naciones Unidas y los distintos instrumentos normativos internacionales a los que da lugar acontece el reconocimiento y política internacional de los derechos humanos, los derechos sociales, como tipología de los mismos, habían ya experimentado en parte –en referencia a los derechos sociales laborales- dicho proceso de internacionalización con carácter previo gracias a la Organización Internacional del Trabajo y su creación, prevista en la Parte XIII del Tratado de Versalles suscrito en junio de 1919 y con el que se ponía fin a la I Guerra Mundial. Por tanto, como paradoja reseñable, en el proceso histórico de especificación y reconocimiento de los derechos humanos, en la política internacional, se llevó a cabo en primer lugar el establecimiento de un conjunto de derechos sociales –laborales- para, posteriormente, lo mismo con respecto a los derechos civiles y políticos. Una circunstancia que responde a que las preocupaciones y reivindicaciones sociales del mundo obrero tras la Revolución Industrial, relacionadas con la lucha por la dignidad humana y el reconocimiento de derechos, eran similares en los distintos países y entonces hubo una cierta organización internacional desde el I Congreso de la Asamblea Internacional de los Trabajadores de 1866. Una organización constitutiva del germen de la posterior política internacional de derechos sociales laborales. Así aconteció justamente un proceso inverso al acaecido a nivel estatal particular respecto a la política de reconocimiento de derechos ya explicado, sin que, por supuesto e igualmente, no se presuponga ni la jerarquía entre los mismos ni la incomunicabilidad.

Al margen de este acontecimiento destacable -muestra de la importancia en la historia sociopolítica de estos derechos sociales-, si por algo pasa a la historia la Organización Internacional del Trabajo en relación a la política internacional de los derechos sociales, es por la formación de un sistema universal con una especialización en la materia laboral¹³⁹ y, especialmente, en los derechos sociales laborales. En este sentido, destacan los Convenios Internacionales de la misma: auténticos tratados internacionales obligatorios para los miembros de esta Organización que los hayan ratificado que versan sobre el desarrollo concreto, completo y específico de un derecho social o de alguna materia sociolaboral¹⁴⁰. Desde esta concepción, por su carácter,

¹³⁹ Sobre este sistema y desde esta concepción *vid.*, CANESSA MONTEJO, M. F., *La protección internacional de los Derechos Humanos laborales*, cit., pp. 173-189.

¹⁴⁰ Un Convenio es sometido a ratificación estatal de los miembros de la Organización cuando previamente la Conferencia General acuerda –por mayoría de 2/3 de los votos presentes- que una

obligatoriamente no sólo van a ser de debida observancia y cumplimiento por los Estados firmantes, sino que también entran a formar parte del ordenamiento jurídico interno estatal como canon hermenéutico interpretativo y en cuanto configurador del contenido y estándar mínimo esencial de ellos.

De este modo, es como desde el ámbito internacional de las políticas de derechos sociales, en directa relación con la misma de los derechos humanos, se fomenta el progreso y desarrollo social en aras de la consecución de una vida digna para las personas, en la que el trabajo y su rol en la sociedad del siglo XXI aparecen como trascendentales. Derechos humanos de contenido social y laboral que, desde su propia universalidad, son consagrados conjunta y detalladamente en las normas internacionales del trabajo¹⁴¹.

Muestra de esta continuidad y relación entre derechos sociales como categoría integrante de los derechos humanos y derechos laborales, es la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento -adoptada por la Conferencia en su octogésima sexta reunión, en Ginebra, el 18 de junio de 1998- por la que se incide en la importancia que tiene la efectiva aplicación de los derechos fundamentales universales de toda persona en su condición de trabajador, sobre todo cuatro: la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

determinada materia sociolaboral sea objeto de regulación por Convenio. Si no se llega en la votación a esta mayoría, la materia propuesta puede ser objeto de Recomendación: acuerdo de la Conferencia ofrecedor sólo de una orientación a seguir por los gobiernos. En este sentido, son muchísimos los Convenios aprobados por esta Organización. Entre ellos y en directa relación con nuestro objeto de estudio -los Derechos Sociales-, especial mención merecen: Convenio N° 87, sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, de 1950; Convenio N° 98, sobre la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, de 1949; Convenio N° 102, sobre la Norma Mínima de Seguridad Social, de 1952; Convenio N° 100, relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Femenina por un trabajo de igual valor, de 1953; Convenio N° 122, sobre la Política de Empleo, de 1964; Convenio N° 143, sobre las Migraciones sin condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades de tratamiento a los trabajadores migrantes, etc.

¹⁴¹ En este sentido, *vid.*, VALTICOS, N., “Normas Internacionales del Trabajo y Derechos Humanos, ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, núm. 2, pp. 153-166. DE LA VILLA GIL, L. E., “Los derechos humanos y los derechos laborales fundamentales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 17, 1999, pp. 282-283.

B) Derecho Europeo

La política de positivización de los derechos sociales en el continente europeo ha de ser analizada desde la importancia que posee al respecto, por un lado, la existencia de una organización internacional regional de no integración, como es el Consejo de Europa; y de otro lado, la presencia de la Unión Europea como comunidad creciente de integración bajo los caracteres de supranacionalidad e intergubernamentalidad. En ambas, tanto el reconocimiento y contenido como la política de los derechos sociales, ha contado con una atención considerable a lo largo de los años en el marco del proceso de internacionalización de los derechos humanos y de su derecho internacional.

B.1) El Consejo de Europa: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta Social Europea

En la Europa posterior a la II Guerra Mundial se constituyó en 1948 una organización internacional de Estados europeos con una pretensión inicial inequívoca: la defensa de un conjunto de valores democráticos -sobre todo, en su sentido político- para el fomento de una seguridad política internacional a nivel europeo en el momento en que estaba dando comienzo la Guerra Fría contra los países de la Europa Oriental. Uno de los pilares sobre los que se sustentó esta pretensión fue precisamente los derechos humanos y libertades fundamentales, incidiendo en su garantía y efectividad¹⁴². Así es como adquieren la importancia debida en este marco dos instrumentos trascendentales para ello: el Convenio Europeo para la Protección de los

¹⁴² Tal y como se desprende del artículo 1 b) y 3 del Estatuto del Consejo de Europa. Respectivamente: “La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social” y “Cada uno de los miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y se compromete a colaborar activa y sinceramente en la consecución de la finalidad definida en el artículo primero”.

Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y la Carta Social Europea de 1961.

Atendiendo a la finalidad y objetivo político que se marcaba el Consejo de Europa y en clara consonancia con el pilar anteriormente advertido, pocos años después de la creación de esta organización se aprobó en su seno el primero de los dos instrumentos de derechos antes mencionados: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Un Convenio donde, claramente y en su gran mayoría, se reconocieron derechos civiles y políticos, dejando a un lado para un reconocimiento posterior específico a los derechos sociales. Así, a nivel internacional europeo se estaba apostando inicialmente por la separación radical entre dos categorías de derechos humanos, por considerarse los incluidos en el Convenio como más básicos e importantes de cara a la consecución lo más acelerada y adecuadamente posible de la democracia política para, en un segundo momento, reconocer los derechos sociales y así dar tinte de democracia social a la democracia política primordialmente pretendida.

El citado Convenio puede ser calificado como uno de los principales logros de esta organización internacional¹⁴³, en cuanto se constituye como el primer instrumento normativo reconocedor de derechos humanos a nivel europeo. Si bien, especialmente y a lo largo de su no extenso articulado, enuncia y da contenido a un conjunto de derechos civiles y políticos: derecho a la vida, a la libertad y seguridad, a la libertad de reunión y asociación, al respeto a la vida familiar y privada, a un recurso efectivo, entre otros. Sin embargo, existe la excepción a esta perspectiva general, pues también están presentes algunos derechos de carácter netamente social, como es el caso de la libertad sindical – artículo 11- o la prohibición del trabajo forzado u obligatorio – artículo 4-. Además, tampoco se ha de olvidar la concepción y dimensión social que puedan tener los primeros en cuanto integrantes de unos derechos humanos comunicados e interdependientes.

En cualquier caso, el alcance y logro de este Convenio no se ha de quedar simplemente en la enumeración y reconocimiento de derechos humanos inspirándose en

¹⁴³ Un sector de la doctrina internacionalista califica a este Convenio como *sin lugar a dudas el mayor logro del Consejo de Europa*, CARRILLO SALCEDO, J. A., “Protección de Derechos Humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos y Sociales”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 2, 1991, p. 431.

la Declaración Universal de Derechos del Hombre, tal y como se establece en su preámbulo. El mismo ha de ir más allá y ser conscientes de la importancia que posee primero, que haya sido reconocido en el marco de un tratado internacional y, por tanto, su vigencia no queda en la mera retórica político-jurídica de las declaraciones proclamadoras de derechos a modo de principios o valores superiores, obligándose los Estados firmantes a poner en práctica y tomar en cuenta el conjunto de sus derechos, pasando éstos a formar parte del ordenamiento jurídico interno estatal si quiera como contenido mínimo de los derechos fundamentales de los Estados signatarios¹⁴⁴; y, segundo, su sistema de protección mediante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos por el Convenio mientras se encuentre legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede presentar una denuncia contra dicho Estado por violación del Convenio.

Ahondando en esta garantía de protección y derivado de estos dos últimos aspectos, es de resaltar la obligación de la ejecución de las sentencias condenatorias a los Estados –siendo observada esta acción por el Comité de Ministros del Consejo en cuanto órgano decisorio-, poniéndose así de manifiesto la función hermenéutica determinadora de este Convenio y su sistema garantista para el contenido de los derechos fundamentales estatales de cada uno de los Estados parte que lo hayan ratificado.

Asimismo, también es de destacar la proyección de este Convenio en el Derecho de la Unión Europea, pues su contenido es complementario de la política jurídica comunitaria en materia de derechos fundamentales. En este sentido, por medio del Tratado de Lisboa de 2007, se estableció en su artículo 6.2 y 3, la adhesión –no modificando las competencias de la Unión- al mismo como principios generales. De esta manera, los derechos fundamentales del Convenio forman parte de un modo debilitado –sin valor jurídico ni garantías jurisdiccionales- del Derecho de la Unión. Ahora bien, con una clara finalidad de fondo de pretender que los derechos y los

¹⁴⁴ Sobre las Declaraciones de Derechos, éstas en las Constituciones y las garantías de los derechos, MONEREO PÉREZ, J.L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 5-30.

principios generales de la Unión Europea sean más sólidos e incidan decididamente en la evolución del derecho social¹⁴⁵.

Por otra parte, poco más de una década después de la aprobación de la Carta e incidiendo en el carácter progresivo con el que se reconocieron los derechos humanos en el seno del Consejo de Europa, se aprobó en el año 1961 la Carta Social. Es en ese año cuando, de un modo específico, se presta atención especial y diferenciada a la categoría de los derechos sociales desde la propia afirmación realizada en el Estatuto del Consejo de Europa respecto a la fijación del progreso económico y social como una de las finalidades del mismo. De este modo, es como bastantes años después adquiere la relevancia trascendental que posee una finalidad que debió constituirse materialmente en principal y básica por parte del Consejo, pues para el objetivo del adecuado desarrollo y progreso socioeconómico establecido, los derechos sociales son esenciales juntamente a los derechos civiles y políticos y no éstos últimos de un modo exclusivo y primero. Más que nada porque se corrió el riesgo de que dicha finalidad no se cumpliera y el conjunto de derechos y libertades fundamentales civiles y políticos quedasen, como ya sucediese en otros momentos históricos, en su estricta dimensión formal y la democracia política fuese más institucional que cercana al conjunto de personas conformadoras de los Estados que, en su momento, se adhirieron a esta institución.

La Carta Social Europea merece la consideración de instrumento europeo destacado para el reconocimiento y contenido de los derechos sociales, viniendo a completar la protección, garantía y defensa de los derechos humanos por parte del Consejo de Europa, ya iniciada en el anterior Convenio¹⁴⁶. En este sentido, en la parte primera de la misma quedan expresados un conjunto de derechos sociales: derecho al trabajo, a la seguridad e higiene, sindical, a la negociación colectiva, a la protección de

¹⁴⁵ En este sentido, SCIARRA, S., “El desafío del cambio en la política social europea”, en *Relaciones laborales y nuevo modelo productivo*, AA. VV., CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, p. 518.

¹⁴⁶ Precisamente por este carácter complementario, desde un sector de la doctrina constitucionalista, se ha argüido que la Carta Social Europea es la *hermana o equivalente* del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, no comparable a la división y especificación internacional existente con el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. JIMENA QUESADA, L., *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 85-86. En el mismo sentido, *vid.*, FLAUSS, J. F., “Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los Derechos Sociales”, en *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, AA. VV., JIMENA QUESADA, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 39-46.

la salud, a los servicios sociales, etc. En clara coherencia y lógica interna, en la parte segunda de la misma se encuentra una definición concreta de los anteriores, dotándolos así de contenido jurídico y fijando los compromisos que los Estados parte deben de asumir. La parte tercera hace suya el progreso económico y social aludido partiendo de la distinta posición en que se pueden hallar los estados firmantes para la adhesión a los derechos enunciados y definidos en las partes anteriores, con lo que atendiendo al grado de desarrollo económico y social, según el artículo 20, se han de garantizar como mínimo cinco de los siete derechos siguientes¹⁴⁷: derecho al trabajo, derecho sindical, derecho de negociación colectiva, derecho a la seguridad social, derecho a la asistencia social y médica, derechos de familia y derechos de los trabajadores migrantes. Si, por una parte, este modo de proceder se podría considerar como positivo para que se garantizase un mínimo de derechos sociales y su contenido, por otra parte, se debería de valorar la importancia que tienen éstos para el progreso económico y social y la realización de una democracia social y política, con lo que para un mayor significado, importancia y relevancia de la Carta, la exigencia de este compromiso debería ser sustituido a favor del mismo pero de la totalidad de esos siete derechos que el Consejo de Europa considera –y da a entender- como el núcleo duro de los derechos sociales. La parte cuarta indica las formas de control de estos derechos, que poseen una protección menor y más política que jurídica, en cuanto que no existe un Tribunal específico, sino que el Comité de Ministros, a través de investigaciones e informes realizados por sus comisiones, tan sólo puede dirigir recomendaciones sobre el cumplimiento efectivo y la toma en consideración de los mismos a los Estados. Y, por último, la parte quinta fija la posibilidad de que, ante determinadas circunstancias, los estados no se vinculen a la misma a través de la denominada cláusula de necesidad.

Sin duda alguna, la importancia que tiene esta Carta Social Europea se ve mermada en el conjunto del derecho europeo de los derechos sociales y la relevancia que posee éste para una política social regional de cara al efectivo establecimiento de una democracia social en Europa, en cuanto que la –supuesta- labor complementadora al Convenio para la defensa de la totalidad de los derechos humanos se ve muy limitada. Es así porque, en primer lugar, se ofrece un escaso nivel garantista al conjunto de

¹⁴⁷ Este mecanismo garantista ha sido calificado como *garantía a la carta*, en clara relación con la posibilidad de elección estatal, JIMENA QUESADA, L., *La Europa Social y Democrática de Derecho*, cit., p. 111.

derechos sociales mediante informes estatales vinculantes políticamente y no ante un tribunal de justicia al que pueda acudir una persona a la que se le violen sus derechos sociales, con lo que es un garantismo técnico-institucional y no jurisdiccional; en segundo lugar, por la posibilidad de elección entre el elenco mínimo de estos derechos internacionalmente reconocidos de un mínimo más reducido aún según el nivel de desarrollo del Estado signatario o, incluso, poder retirar su adhesión a la totalidad de la Carta según circunstancias¹⁴⁸; y, en tercer lugar, por la obligatoriedad de todo candidato a formar parte de este Consejo de Europa de firmar, obligatoriamente para su entrada, la adhesión al Convenio y guardar silencio respecto a esta obligación en relación a la firma de la Carta. Pero es que, adicionalmente, se ha de tener presente también la nula proyección de esta Carta -su contenido, su sentido y alcance- al derecho de la Unión Europea, en el marco de la convergencia de interpretación con respecto a los derechos fundamentales abierta por el Tratado de Lisboa de 2007.

Por tanto, la contribución de esta organización internacional a la auténtica construcción de una Europa social es de carácter limitado, pues en ella poseen mayor relevancia jurídica los aspectos civiles y políticos que los sociales. Todo ello pese a que desde la noción del progreso social –y por tanto de la no concepción de una sociedad inmutable- se procediese en el año 1996 a una revisión de la misma que introdujo, reconoció y definió nuevos derechos sociales, pero que no cubrió las deficiencias técnico-jurídicas existentes en relación al esplendor que realmente debe poseer, ni a introducir ninguna novedad satisfactoria en relación a un fomento de sus garantías, mecanismos de control y relevancia del conjunto de ellos en el marco de la construcción cada vez mayor de una Europa social.

B.2) La Unión Europea: los derechos sociales en el Derecho Comunitario

¹⁴⁸ Tanto este mecanismo de elección como tal posibilidad ha supuesto la consideración de que la ratificación de la Carta se manifieste como una misión de *responsabilidad social* a través de la que se lleva a cabo una complementaria aportación a la seguridad de la libertad de cada ciudadano, GARCÍA MACHO, R., *Las aporías de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a una Vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 57.

Las especiales relaciones políticas entre los Estados parte de la Unión Europea - derivadas de su carácter supranacional e intergubernamental¹⁴⁹- ha dado lugar al establecimiento de un ordenamiento jurídico en el que se ha producido en los últimos años una constante política jurídica de reconocimiento y positivización de los derechos sociales. En este sentido es posible distinguir dos niveles analíticos para la comprensión de la construcción social de la Unión Europea a través de los anteriores: de un lado, el de todos y cada uno de los Tratados que se han ido sucediendo a lo largo de la historia de la Unión y, de otro, los instrumentos jurídico-políticos de la misma referidos específicamente a los derechos sociales fundamentales.

i) Los derechos sociales en el sistema de Tratados de la Unión Europea

El proceso de construcción y avances político-jurídicos de la Unión se ha producido mediante tratados propuestos por las instituciones de la misma posteriormente sometidos a su ratificación, aprobación y entrada en vigor –en su totalidad o con cláusulas de descuelgue en relación a determinados aspectos de ellos- por parte de los Estados miembro. En este sentido, se ha de matizar que la misma nació *stricto sensu* el uno de noviembre de 1993, al entrar en vigor el Tratado de la Unión Europea. Sin embargo, es imposible obviar el hecho de que fue heredera, continuadora y sucesora de las Comunidades Europeas nacidas a mediados del siglo pasado.

El primer hito en esta construcción europea fue el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951 –Tratado CECA-, por el que se constituyó una comunidad interestatal, formada por Alemania, Francia, Italia y los países del Benelux, de marcado carácter económico para la organización tanto de la libertad de circulación del carbón y del acero, como del libre acceso a las fuentes de producción. Es decir, presidía una lógica político-económica. Sin embargo, como sustrato, estaba presente, de forma intrínseca a la expansión económica, el desarrollo del empleo y la mejora del nivel de vida. En definitiva, un progreso al que no se le añadía formalmente el adjetivo social. Igual circunstancia aconteció en el año 1957 con el

¹⁴⁹ Profundizando en su sentido, alcance e implicaciones, DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *La naturaleza de la Unión Europea*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2009, *passim*.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y la creación e instauración de un mercado común fundamentado en las libertades de circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, sobre el objetivo de la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso –artículos 2 y 17-¹⁵⁰. En este sentido, a partir de la cumbre de París de octubre de 1972, se llevaron a cabo acciones en el ámbito de una primitivísima política social -si es que se le puede calificar así-, cuando se creó el Fondo Social Europeo dirigido a la mejora de las posibilidades de empleo de los trabajadores y al aumento de su nivel de vida.

Por su parte, ya en el año 1986, se firmó el Acta Única Europea para la reactivación de la integración europea y la realización plena y efectiva del mercado interior, con lo que la dimensión social de la misma fue escasa o nula, a excepción de la alusión -en el preámbulo de la misma- a los deseos de la promoción de la democracia con base en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea. Unos deseos que no se vieron plasmados en las implicaciones de este Tratado, pero que a raíz de los mismos se dio origen a la aprobación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, instrumento comunitario de derechos sociales que posteriormente será analizado.

De este modo, no sólo ya los derechos sociales, sino unas preocupaciones serias y coherentes por los aspectos sociales estaban totalmente ausentes -en relación al grado de entidad que realmente le debiera corresponder- en los primeros pasos de la integración europea a través de los Tratados. Por orden de importancia, la dimensión económica era la primera; en segundo lugar, los aspectos políticos¹⁵¹; y residualmente y

¹⁵⁰ Este objetivo estaba ligado a las libertades fundamentales citadas en cuanto derechos de carácter económico vinculadas al desplazamiento entre Estados miembro. Se sitúa aquí el germen de la evolución posterior de algunos derechos fundamentales, MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 372. Asimismo, *vid.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, en *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, AA. VV., Vol. II, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, pp. 320 y ss.

¹⁵¹ Un desequilibrio justificado en base al propósito de aquellos que originariamente produjeron la primitiva unión aduanera, como era la facilitación de los intercambios económicos. SEMPERE NAVARRO, A. V. y CANO GALÁN, Y., “La Constitución española y el Derecho Social Comunitario

dependiendo de los anteriores, lo social. En relación a esto último, la consecuencia más directa fue la carencia de una preocupación específica por el reconocimiento, titularidad, ejercicio y garantía de unos derechos humanos y fundamentales – significativamente los de carácter social- de las personas implicadas directamente en las dimensiones económica y política de la comunidad. Es aquí donde se ha de ubicar el germen del todavía vigente déficit social europeo y el distanciamiento de la persona ciudadana de la Unión con respecto a la misma.

En cualquier caso, como ya se ha apuntado, fue en el año 1992 cuando se constituyó propiamente lo que se conoce hoy como Unión Europea, a través del Tratado de Maastricht. Fue un hito porque, formalmente, se invirtió el orden de la preferencia por las dimensiones económica, política y social. En este sentido, este Tratado supuso la puesta en marcha de una verdadera integración de carácter político, quedando así superada y pasando a un segundo lugar el interés económico original de la Comunidad. Asimismo, también se estableció como uno de sus objetivos el desarrollo de la dimensión social. Sin embargo, materialmente, no tuvo refrendo decidido ni si quiera en la instauración de una política comunitaria específica del mismo carácter. Todo quedó en un Protocolo Social anexo al Tratado, desarrollado por un Acuerdo sobre Política Social¹⁵² –con ausencia de participación del Reino Unido- en el que en ningún momento se fijaron derechos sociales y sí principios de política social, a modo de fórmula debilitada de los anteriores cuyos objetivos fueron: la promoción del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, la protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para garantizar un elevado y duradero nivel de empleo y la integración de las personas excluidas del mercado laboral. Así, implícitamente se estaba poniendo de manifiesto la necesidad de contar con unos

(Constitución Social Europea)”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 6. En sentido análogo, para este orden de prioridades en relación a las políticas, objetivos y postergación al último lugar de los aspectos sociales en los primeros pasos de la construcción comunitaria, *vid.*, ESPADA RAMOS, M^a L., “Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 2001, pp. 30-32. Igualmente, *vid.*, LÓPEZ BASAGUREN, A., “Constitución y Unión Europea: aporías en la integración comunitaria”, en *El Constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, AA. VV., GARCÍA HERRERA, M. A. (ed.), Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 287 y ss.; AGUDO ZAMORA, M. A., *Estado Social y Felicidad. La exigibilidad de los Derechos Sociales en el constitucionalismo actual*, cit., pp. 134-139.

¹⁵² Sobre su contenido y valor jurídico, *vid.*, GARCÍA VIÑA, J., “La política social europea desde el Tratado de Roma hasta el Tratado de la Unión. El inicio de la segunda fase de la unión económica y monetaria”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1993, pp. 177-182.

adecuados derechos sociales que dejaran de tener mero carácter político-programático y tuviesen vigencia jurídica vinculante. Pese a esta necesidad, se continuó la línea de tratados anteriores y no hubo relevancia alguna para los compromisos referidos a los ineludibles derechos sociales para la puesta en práctica de las finalidades de los acuerdos tomados¹⁵³.

Mayor importancia en este lento, paulatino y progresivo alumbramiento de los derechos sociales en el sistema de Tratados de la Unión tuvo el Tratado de Ámsterdam de 1997, no sólo por la inclusión del anterior Acuerdo de Política Social como parte integrante del mismo. Lo que es más relevante, sus redactores vinieron a confirmar la importancia que poseen los derechos fundamentales y el respeto a los derechos humanos. En este sentido, el Tratado, como novedad destacada, estableció formalmente y, desde un punto de vista social, la consolidación práctica, real y efectiva del principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; la creación de un procedimiento en caso de violación por parte de un Estado miembro de los principios de la Unión; y una lucha eficaz contra la discriminación y la introducción de disposiciones relativas a la igualdad entre el hombre y la mujer. En consonancia, se fijó como principio de la Unión el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Ahora bien, con un matiz de importante calado político-jurídico: tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Igual sucedió concretamente con los derechos sociales fundamentales y en el modo en que se definen en la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.

¹⁵³ Denuncia manifestada por y compartida con DE LA VILLA, L. E., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, p. 15. Una evolución histórica sucinta sobre el nacimiento y evolución de la política social comunitaria en relación a los derechos sociales vinculados a la libertad de circulación de los trabajadores y sus consiguientes exigencias sociales, se puede consultar en ESPADA RAMOS, M^a L., “Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia”, cit., pp. 34-43. En igual sentido, pero hasta el Tratado de Niza, *vid.*, COLOMBO SVEVO, M., *Le politiche sociali dell’Unione Europea*, Franco Angeli, Milán, 2005, pp. 17-39. Sobre la evolución de los derechos sociales en el escenario comunitario y la tutela jurisdiccional de los mismos, ZILIO GRANDI, G., *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, cit., pp. 10-33. Igualmente, GARCÍA HERRERA, M. A., “Derechos sociales y tratados comunitarios: evolución normativa”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, AA. VV., CORCUERA ATIENZA, J. (coord.), Dykinson, Madrid, 2002, pp. 309-369.

Sin embargo, esta adhesión no implicaba la conversión de los derechos incluidos en las mismas en derechos subjetivos invocables ante los Tribunales por los ciudadanos de la Unión, sino que los transformaba en elementos claves de interpretación de la normativa social, estatal y comunitaria¹⁵⁴. Es decir, en su totalidad se abogaba la interiorización por parte de la Unión del conjunto de derechos referidos en los textos citados¹⁵⁵. Se puso así de manifiesto, una vez más, la trascendental necesidad de la proclamación de textos jurídicos vinculantes y con garantías jurídicas de respeto al conjunto de derechos en ellos incluidos, bien sean de dimensión social –va adquiriendo ya una cierta relevancia-, civil y/o política, dejando a un lado, por tanto, las remisiones cruzadas cubridoras circunstancialmente de la situación progresiva de interés por lo social y, en cierta medida, tendentes al solapamiento y a la confusión¹⁵⁶.

Con una Europa social en pañales pero con ambiciosas perspectivas de desarrollo, se llegó a comienzos del presente siglo, cuando en el año 2001 se firmó el Tratado de Niza. Un Tratado preparativo para la ampliación político-territorial de la Unión. Éste realizó los ajustes necesarios para el adecuado funcionamiento y composición de las instituciones, adquiriendo un papel relevante las cooperaciones reforzadas. Por tal motivo se produjo un paréntesis en el avance social general y particular de reconocimiento de los derechos sociales en el sistema de Tratados, pues no hubo alusión explícita a ellos. Ahora bien, no se ha de obviar que en el contexto preparativo del mismo, con ocasión del Consejo Europeo de Niza, se proclamó en diciembre del 2000 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el segundo –por orden cronológico- de los grandes instrumentos de la misma reconocedores de derechos sociales fundamentales, pues en su seno quedaron recogidos

¹⁵⁴ VICIANO PASTOR, R. y SERRA CRISTÓBAL, R., “Los derechos sociales y culturales conforme al Derecho Internacional”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 198.

¹⁵⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V. y CANO GALÁN, Y., “La Constitución española y el Derecho Social Comunitario (Constitución Social Europea)”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 13.

¹⁵⁶ Esta circunstancia es una de las que han impulsado la calificación de que los derechos sociales han tenido una *pobre base* en los Tratados, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995, p. 108. Sin embargo, otro sector de la doctrina ha considerado estas alusiones realizadas en este Tratado como un reforzamiento de los derechos sociales, GALIANA MORENO, J. M^a, “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88, marzo/abril 1998, pp. 191-192.

una cantidad considerable de ellos. Así es como se produjo un destacable avance en el reconocimiento de derechos sociales, pero sin la definición concreta de la naturaleza jurídica de la misma. La justificación de esta circunstancia se encontraba en que estaba latente su vocación por adquirir rango constitucional. Éste último lo pretendía conseguir siendo traspuesta, tal cual, a la Constitución Europea -y, por ende, pasando a conformar su parte dogmática¹⁵⁷- por medio del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Este proyecto constitucional para Europa había sido aprobado en junio de 2004. La principal finalidad del mismo era realzar la democratización y la dimensión política de la Unión Europea hasta el punto de ponerla en primer plano, contrarrestando así la relevancia de los mercados y la dimensión económica de la misma. En ello debía de jugar un papel central los derechos fundamentales y su reconocimiento –especialmente los de carácter social- a través de la Carta como parte dogmática de la futura Constitución, pues su visibilidad se convertía tanto en elemento legitimador del sistema político de la Unión como en seguridad jurídica al deberse concretar las garantías jurisdiccionales de los mismos¹⁵⁸. Sin embargo, esta tendencia político-jurídica quedó en el aire cuando el Tratado fue sometido para su aprobación a referéndum, al obtener un resultado negativo en algunos Estados miembro. Hecho que conllevó la paralización del proceso progresivo de ratificación y un *impasse* de unos meses en la integración política, económica y social europea.

El proyecto de Unión Europea y todas sus dimensiones, lejos de hundirse resurgieron -no sin dificultades y voces críticas- con el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007¹⁵⁹. Éste no se alejó de la tendencia constitucionalizadora perseguida en años

¹⁵⁷ En este sentido, *vid.*, PIRIS, J. C., *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 173-179; ZORRILLA RUIZ, M., “Emergencia y entorno de los derechos sociales en la frustrada constitución para Europa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, mayo 2006, pp. 26-32. Desde una perspectiva crítica, *vid.*, PISARELLO, G., “El proyecto de nueva Constitución europea: notas críticas”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 49, marzo 2004, pp. 9-12; DE LUCAS, J., “Perplejidades ante la Constitución Europea”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 50, junio 2004, pp. 5-10.

¹⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social”, *Revista Tribuna Social*, núm. 161, 2004, p. 20.

¹⁵⁹ Ilustrativamente, para la valoración del Tratado Constitucional, el coste del no a la Constitución y las salidas al *impasse* que existieron, en clara relación con el Tratado de Lisboa, *vid.*, AA. VV., *¿Qué fue de la Constitución Europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, MÉNDEZ DE VIGO, I.,

anteriores -si bien explícitamente eludió nombrar el término Constitución en su mismo nombre-, al incidir en la reordenación y redefinición del orden jurídico-político comunitario desde una óptica constituyente. En esta dirección, una de las exigencias y objetivos del mismo fue la adecuada construcción de una Europa de derechos y valores -libertad, solidaridad y seguridad-. Pero, en contra de lo que era de esperar en consonancia con este último objetivo, no se dotó a dicha reordenación y redefinición de una base o parte dogmática *stricto sensu*. Desde una técnica particular, el Tratado, en su artículo 6.1, concedió rango de derecho primario u originario -el más alto de la jerarquía comunitaria- a la Carta de los Derechos Fundamentales, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. Se configuró a ésta como un documento jurídico externo de carácter obligatorio y rango suprallegal, pero enlazada en forma de compromiso político-jurídico con el redefinido orden comunitario: al no integrarse en éste, no se transforma el sistema de derechos vigentes en la Unión¹⁶⁰.

Ahora bien, se ha de tener presente que, pese a ésta técnica, sus disposiciones y derechos sociales, civiles y políticos pasaron a ser jurídicamente vinculantes tanto para las instituciones de la propia Unión como para los Estados miembro a la hora de aplicar la legislación europea. Pese a ello, es una juridificación débil, al no existir una ampliación de competencias de la Unión ni establecer una competencia general de la misma en materia de derechos fundamentales. Pero, en cualquier caso, de un modo decidido se dio contenido, respuesta y significación a los valores de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y el respeto a los derechos humanos proclamados como valores fundamentales al comienzo del Tratado. Valores, por tanto, que a su vez se conforman formalmente como inspiradores de la Unión Europea.

La consecuencia principal en forma de avance que se deriva de esta situación - particularmente atendiendo a los derechos sociales- es, en cierta medida, la paliación del déficit social de la Unión, pues la categorización de los derechos sociales incluidos en la

(dir.), Planeta, Barcelona, 2007. En igual sentido, desde la concepción de un *nuevo derecho de la Unión Europea*, pero prestando una especial atención al Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión tras la negativa al Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, *vid.*, ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *El sistema de fuentes del derecho: de la Constitución Española al nuevo Derecho de la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 221-236.

¹⁶⁰ En este sentido, con fundamento en esta técnica, también se alude a que no se avanza en la cobertura del déficit de constitucionalización de la Unión Europea, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 165-171.

Carta como parte del derecho originario implica explícitamente una avanzada política social¹⁶¹. El elemento negativo, en forma de retroceso de este notable progreso, es la inconcebible ausencia de dotación del mismo carácter a la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, puesto que ésta debe de ser considerada un instrumento igualmente importante en la dotación comunitaria de un catálogo propio de derechos humanos fundamentales de carácter social. No ha sido así y está presente una situación de desigual tratamiento técnico-jurídico, con importantísimo alcance, entre dos Cartas que recogen derechos sociales fundamentales.

Adicionalmente, otro avance en esta dirección es la previsión, en el artículo 6.2 del Tratado, de la adhesión de la propia Unión Europea en su totalidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Este proceso adhesivo no modifica las competencias de la Unión definidas en los Tratados y sí implica la inmediatez del mismo y el pasar a formar parte de su Derecho como principios generales –*ex* artículo 6.3 del Tratado-. Explícitamente, se niega y rechaza la exclusividad de la Carta como fuente reguladora de los derechos fundamentales en el seno de la Unión, al tener que complementarse con lo establecido en el Convenio a modo de principios generales¹⁶². Esta situación es una luz y una sombra a la misma vez: si se apuesta por una interacción entre los instrumentos del Consejo de Europa y de la Unión Europea en materia de derechos humanos, para una mayor coherencia y lógica de conjunto del sistema se le ha de otorgar igual valor jurídico al Convenio que a la Carta, no otorgando a la primera el valor y forma de principios. Pero es que además, no tiene explicación ni sentido alguno la ausencia de referencia expresa al mismo proceso de adhesión para la Carta Social Europea.

De este modo, más de medio siglo después de la creación de la Comunidad y de la propia Unión, aún no se ha dado un paso decidido y completo en la mención y

¹⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social”, cit., pp. 21-22. *A sensu contrario*, en esta materia en relación al contexto institucional, se ha defendido que los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa no implican un cambio y una alternancia de fondo y sustancial en esta política social, SCIARRA, S., “El desafío del cambio en la política social europea”, en *Relaciones laborales y nuevo modelo productivo*, AA. VV., CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (coord.), cit., pp. 518-519.

¹⁶² DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., “La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos generales”, en *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, AA. VV., BENEYTO PÉREZ, J. M^a (dir.), Tomo II, Derechos fundamentales, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 207-208.

articulación adecuada a la importancia correspondiente de los derechos sociales en el total del sistema de Tratados. No ha habido un tratamiento técnico-jurídico de conjunto uniforme y completo para los mismos -y los instrumentos en los que quedan recogidos- por parte del sistema de tratados. Como consecuencia, en la política jurídica comunitaria de los derechos sociales fundamentales, a día de hoy, sigue presente una debilidad de los mismos por sus limitadas garantías comunitarias debido, en gran parte, al carácter económico-prestacional de sus contenidos -derechos a- y su sujeción al método coordinativo para su remisión a la colaboración interestatal con la que articular una aproximación en políticas sociales¹⁶³. Unas políticas, en cierta medida, condicionadas a las opciones de política económica resultado de las políticas nacionales gubernativas determinadoras de la asignación de la riqueza. Frente a ellos y a la misma, se ubican unos derechos fuertes relacionados directamente con las libertades económicas¹⁶⁴.

Este aspecto distintivo de tratamiento jurídico-político y de alcance presente en los derechos y su relación con los contenidos -social y económico-, se antoja, a todas luces, clave y trascendental para el adecuado desarrollo de una política social sustentada sobre los derechos sociales, desde la que construir sólidamente una Unión Europea de carácter social. Y es que partiendo de la misma y del valor jurídico otorgado a la Carta de los Derechos Fundamentales por el Tratado de Lisboa, la política social comunitaria,

¹⁶³ En este sentido, se ha expresado que el sistema de tratados, tras el Tratado de Lisboa, consagra una constitución social débil, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., p. 198.

¹⁶⁴ Tratamiento diferenciado compartido y puesto de manifiesto con y por MONEREO PÉREZ, J. L., “Genealogía de las declaraciones de los derechos y su significación político-jurídica”, estudio introductorio a la obra de JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., pp. XXX-XXXI. En sentido análogo se pronuncia PISARELLO cuando admite la existencia de una asimetría resultado del todavía predominante carácter económico de la Unión Europea, en virtud de la cual hay un desigual tratamiento e importancia para los derechos sociales manifestado en un Derecho fuerte -*hard law*- en el ámbito de las libertades de empresa y la competitividad y un Derecho débil -*soft law*- en el ámbito de las políticas sociales, PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 133. Un análisis entre las dimensiones económica y social en relación a los derechos sociales, MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, AA. VV., CORCUERA ATIENZA, J. (coord.), cit., pp. 371-417. Muy en consonancia con esta circunstancia, se están abriendo interrogantes sobre la existencia real de una Unión Europea de carácter social y su posible o no realización, hecho que incluso es aprovechado para la ruptura supranacional de la Unión en relación a la materia social y llegar a distinguir en su interior -según grupos de países y su desarrollo- cuatro modelos sociales: escandinavo, anglosajón, continental y latino, FERRERA, M., *Le trappole del welfare*, Il Mulino, Bolonia, 1998, pp. 79-103. Esta circunstancia, desde la óptica de las perspectivas de futuro que existen sobre el Derecho social comunitario, RUSCIANO, M., “Sulle prospettive del diritto sociale europeo”, en *Il futuro del lavoro in Europa. Occupazione, diritti civili, diritti sociali*, AA. VV., COLONNA, M. y PUGLIESE, E. (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2007, pp. 165-170.

desde una perspectiva concreta, no sólo refuerza el reconocimiento de derechos, sino también, desde una perspectiva general, promueve su ejercicio. Todo ello sin olvidar que el goce de los derechos sociales en el marco de la propia dimensión social de la Unión ha de condicionar tanto el alcance de las políticas como de las bases jurídicas comunitarias para la regulación de la misma de una manera global o limitada¹⁶⁵. Este ha de ser el pilar desde el que construir una verdadera Unión Europea de carácter social.

ii) Los instrumentos comunitarios en materia de derechos sociales

La Unión Europea, a lo largo de su breve pero ya consolidada historia y, sobre todo, en los últimos años con la tendencia formal y material existente hacia su constitucionalización, ha tratado de dotarse de un catálogo propio de derechos fundamentales a modo de parte dogmática de la misma. Se trata de materializar así uno de sus principios esenciales: la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Como ya se ha analizado, a lo largo del derecho originario de la Unión, es constante la remisión cruzada y la cita adhesiva de la misma a otros instrumentos internacionales declarativos y proclamadores de derechos humanos así como a las propias tradiciones estatales. Sin embargo, tanto a finales de los ochenta del siglo pasado como a comienzos de éste, se aprueban dos Cartas de gran relevancia para el conjunto de los derechos sociales fundamentales y su reconocimiento en la Europa comunitaria. Respectivamente y por orden cronológico de nacimiento, la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000. Ambos son analizados sistemáticamente a continuación¹⁶⁶.

¹⁶⁵ MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, cit., pp. 371-372. Aludiendo de una forma expresa a la supranacionalidad de los derechos sociales, desde un análisis de resultados, por su extensión en el tiempo y su intensidad en la aplicación, se ha considerado a la cohesión económica y social europea –en cuanto política regional definida– como modelo para ser utilizado y aplicado fuera de las fronteras de la Unión Europea, IZQUIERDO COLLADO, J. D. y TORRES KUMBRIÁN, R. D., “Cohesión euroamericana. Supranacionalidad de los derechos sociales”, *Revista Justicia Laboral*, núm. 48, 2011, pp. 29 y ss.

¹⁶⁶ En este marco se ha valorado como un paso decidido y adecuado el reconocimiento de los mismos a través de estas Cartas, CORCUERA ATIENZA, J. “El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión*

La Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989

Resultado del nacimiento y de la pretensión fijadora de unos estándares de carácter mínimo para el reconocimiento en el ámbito comunitario de un conjunto de derechos humanos fundamentales de carácter social surgió esta Carta. La misma es el primer –y único hasta el momento- instrumento comunitario en el que en su título se menciona de un modo específico a los derechos sociales, informando por tanto clara y explícitamente de su contenido. Fue adoptada por una institución política de la Unión – el Consejo Europeo de Estrasburgo de nueve de diciembre de 1989- y firmada por los Jefes de Estado de los once Estados miembro, sin contar con el Reino Unido¹⁶⁷. En virtud de esta forma de adopción y firma, la Carta ha venido careciendo de fuerza jurídica vinculante, pues vino a expresar la voluntad política decidida de un conjunto de representantes de los gobiernos reunidos para establecer una serie de valores superiores que fuesen guía y parte de la política social de la Unión, poniéndose de manifiesto así una común posición interestatal colaboracionista¹⁶⁸. Es por ello por lo que la Carta, en primer lugar, formó parte de un derecho interestatal *sui generis* –por su cualidad de derecho resultante de acuerdos entre Estados miembros pero sometidos a mecanismos de acuerdo comunes en el Derecho Internacional- constituyéndose en un instrumento atípico de colaboración europea de carácter paracomunitario o metacomunitario¹⁶⁹; y, en segundo lugar, como resultado, tuvo la ausencia garantista de un conjunto de medios de control y aseguramiento de su observancia y cumplimiento, pues tan sólo cupo al

Europea, AA. VV., CORCUERA ATIENZA, J. (coord.), cit., pp. 61-97. Incluso se ha calificado que estos dos instrumentos comunitarios en materia de derechos fundamentales han supuesto el *proceso de constitucionalización* de los mismos en la Unión Europea, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Comares, Granada, 2006, pp. 44-59.

¹⁶⁷ Desde una perspectiva contemporánea a su proclamación y al momento histórico de la construcción europea de aquellos años, sobre su impacto, *vid.* los sucesivos comentarios de urgencia pero ilustrativos sobre la misma realizados por RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La Declaración de Derechos Sociales comunitarios (I, II, III y IV)”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo II, 1989, pp. 48-75.

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E., “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, cit., p. 111.

¹⁶⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1992, pp. 852-854.

respecto la presentación estatal de informes anuales ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. Es decir, se aprobó un instrumento de carácter netamente político sin capacidad creadora de obligaciones en el ámbito comunitario, cuya garantía única era competencia de los distintos Estados miembros de conformidad a su legislación y negociación colectiva.

Sin embargo, desde esta perspectiva, como logro político-jurídico destacable, se ha de reconocer que su referencia ha sido una constante desde la inclusión de la materia de la política social en el sistema de Tratados de la Unión, con lo que se ha ido constituyendo tanto en centro de interés para los progresos realizados en el ámbito social, como en paradigma del desarrollo y contenido de los derechos de los trabajadores¹⁷⁰. Se ha convertido así en modelo de referencia de contenidos, pero sin eficacia jurídica vinculante.

En este sentido, la Carta no ha venido reconociendo auténticos y genuinos derechos subjetivos de carácter social que pudieran ser reclamados por los trabajadores ante las instituciones comunitarias como garantía de su realización efectiva¹⁷¹, sino más bien un conjunto de valores esenciales para la progresiva construcción comunitaria de la política social desde sus propios objetivos de fomento de la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, de la igualdad de trato y de un consenso social expresado a través de derechos colectivos. Con los mismos, se pusieron de relieve y manifiesto las bases político-sociales de una Unión Europea con un marcado carácter social en relación al económico. Así, en el contexto histórico de su nacimiento, constituye un hito y una manifestación de que la dimensión económica de la Unión y, muy especialmente el mercado común –tal y como se manifiesta en el preámbulo de la misma-, necesariamente deberían ir de la mano de la instauración y desarrollo de un elenco de determinados de derechos sociales¹⁷². Derechos –en una cuantía menor que los recogidos en la Carta Social Europea- que, durante mucho tiempo, han quedado en mera retórica jurídica pero que han sido incluidos en el título primero de la misma en

¹⁷⁰ Es por este doble objetivo cumplido a lo largo de muchos años por lo que se ha considerado que esta Carta se constituye en *fuerza complementaria externa* del derecho comunitario, MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I)”, cit., p. 853.

¹⁷¹ MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (y II)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 57, 1993, p. 61.

¹⁷² GARCÍA VIÑA, J., “La política social europea desde el Tratado de Roma hasta el Tratado de la Unión. El inicio de la segunda fase de la unión económica y monetaria”, cit., p. 163.

forma de derechos individuales, colectivos y de seguridad y protección social, reflejando como consecuencia la armonización entre los sistemas sociales de los Estados miembros y la necesidad del establecimiento de mecanismos progresivos correctores de los distintos niveles de desarrollo socioeconómico estatales. Así es como han tenido más bien el valor de principios rectores¹⁷³ que se fueron viendo plasmados en el Programa de Acción presentado por la Comisión para la aplicación de la Carta, con el que se pretendió abordar el tratamiento político de las cuestiones sociales de la Unión, teniendo como referente la realización de los principios, los valores y los derechos establecidos en la misma¹⁷⁴.

Actualmente, la situación de la Carta es idéntica a la analizada en relación a su valor jurídico, si bien ha aumentado su toma en consideración como instrumento internacional de derechos sociales de referencia para los sistemas nacionales a modo de programa legislativo común con el que poder articular su adecuada interpretación, en cuanto conformadora de un estándar mínimo de contenido y protección de los mismos¹⁷⁵. Pero, en cualquier caso, se ha de denunciar que con la nueva Unión Europea que se impulsa desde el último Tratado de Lisboa, se ha desaprovechado una oportunidad inmejorable para dotar de vinculación, efectividad jurídica y subjetividad a todos y cada uno de los derechos sociales recogidos en la misma mediante su transformación en derecho originario, tomando como base para ello la pretendida construcción de una Europa de derechos. Así es como se ha renunciado por parte de las instituciones jurídico-políticas de la Unión -y de sus miembros- a la constitución y consolidación de un importante catálogo específico de derechos sociales fundamentales, con lo que la valoración de su alcance material, a día de hoy, sigue en entredicho¹⁷⁶.

¹⁷³ Es por todo lo aludido por lo que se ha defendido, incluso, que la Carta mezcla objetivos y principios de política social, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E., “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, cit., p. 112.

¹⁷⁴ Sobre el mismo, *vid.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El programa de Acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Social”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo II, 1989, pp. 76-82.

¹⁷⁵ Desde esta concepción con una especial atención para el caso español, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I)”, cit., p. 892-897. MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, cit., p. 377.

¹⁷⁶ En este sentido, se argumentó que la valoración definitiva de la Carta dependía de su puesta en práctica por otras piezas del sistema necesarias para la consecución de sus objetivos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E., “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, cit., p. 110.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, en su versión consolidada de 2007

Al igual que sucedió con la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores del año 1989, en el Consejo Europeo de Niza del año 2000 se aprobó otro instrumento reconocedor de derechos sociales, consolidándose su versión posteriormente en el año 2007. Pero con una diferencia, no de un modo específico y exclusivo de ellos, sino la totalidad de un conjunto de derechos que los representantes de los Estados miembro y los redactores de la Carta consideraron como fundamentales. Con base en esta fundamentalidad, formal y materialmente, se encuentra recogido todo un amplio catálogo de derechos humanos fundamentales de carácter civil, político y social. Éstos se articulan sin jerarquía alguna y sí complementariamente tomando como eje central los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad, con lo que actúan como guía interpretativa para el establecimiento de las conexiones entre los diferentes derechos fundamentales¹⁷⁷. Pero es que a su vez, los propios valores se encuentran adheridos al principio nuclear de dignidad de la persona humana, reconociendo, por tanto, la universalidad e indivisibilidad de los derechos fundamentales sin condición excluyente alguna¹⁷⁸. Se realiza así, implícitamente, un tratamiento funcional de la unidad, universalidad, comunicabilidad e interdependencia entre los derechos contenidos e incluidos en la Carta, que implica la ampliación del concepto técnico-jurídico de los derechos fundamentales¹⁷⁹.

¹⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social”, cit., pp. 23-24. Asimismo, *vid.*, JIMÉNEZ GARCÍA, F., “El respeto a la dignidad humana”, en *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, AA. VV., BENEYTO PÉREZ, J. M^a (dir.), Tomo II, Derechos fundamentales, cit., pp. 291 y ss.

¹⁷⁸ Constituyen estas implicaciones dos piezas esenciales del modelo social europeo, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 212-213.

¹⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., p. 186.

Desde su aprobación en el año 2000 hasta no hace muchos años, esta Carta¹⁸⁰ ha tenido un valor principalmente político, al no derivarse de ella carácter jurídico vinculante para los Estados miembros, por más que su redacción invitase a pensar y valorar que tuviese éste último carácter, más que nada porque fue elaborada como si lo fuese a tener. Ocurrió de esta manera porque, ante todo, se concibió como una de las bases futuras de la construcción europea, de su democratización y constitucionalización social, tal y como se reflejó cuando fue traspuesta formalmente como parte dogmática de la fracasada Constitución Europea¹⁸¹. Y, materialmente, como parte dogmática de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa de 2007.

Por otro lado, independientemente al valor exclusivamente político que ha poseído durante sus primeros años, no se han de ocultar sus aspectos positivos. La misma se ha venido instituyendo en uno de los puntos centrales de referencia e interés para la política progresiva de atención a los derechos humanos fundamentales que se ha seguido en el marco de la Unión¹⁸², con lo que se ha visto dotada de un grado considerable de legitimidad. Es más, ha venido contribuyendo a su acercamiento a las personas, pues se ha tratado de dar la mayor de las visibilidades posibles –eso sí, a través de un lenguaje formal característico de las grandes declaraciones de derechos- al conjunto de los derechos fundamentales, intentando, a su vez, ofrecer a la ciudadanía la seguridad jurídica inherente y propia a los mismos¹⁸³. De esta manera es cómo se ha procedido con un acercamiento progresivo a la construcción de la Europa de los ciudadanos y de los derechos humanos fundamentales atendiendo a sus propios y nuevos principios inspiradores.

¹⁸⁰ Un estudio completo y detallado de la misma es el realizado por ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias y jurisprudencia*, Thomson Civitas, Navarra, 2006. De un modo más breve, *vid.*, ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., “Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, AA. VV., JIMENA QUESADA, L. (coord.) cit., pp. 63-112.

¹⁸¹ APARICIO PÉREZ, M. A., “Derechos fundamentales vs. Constitución europea”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, núm. 267, abril 2007, p. 24.

¹⁸² GARCÍA MANRIQUE, R., “Los derechos de ciudadanía en la Carta Europea de Derechos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 2003, p. 2.

¹⁸³ Estos dos argumentos son algunos de los que se aluden como razones para la adopción de la Carta, GIL y GIL, J. L. y USHAKOVA, T., “Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2002, p. 2.

La Carta está conformada por un relativo y amplio número de artículos – claramente influenciado por los estándares de reconocimiento constitucionales de sus Estados miembros- sustentados en la concepción de valores básicos universales tales como la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad, así como los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Desde el propio preámbulo se viene a manifestar, implícitamente, la necesidad de la construcción de una Europa social y democrática de Derecho en la que los derechos fundamentales reconocidos en este instrumento posean todo su esplendor y vigencia con sus significaciones, implicaciones y alcances más profundos y directos para esa labor. La totalidad de los derechos se hallan distribuidos en seis títulos agrupados bajo los valores de la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia. Los derechos sociales se encuentran presentes a lo largo de la misma en los distintos títulos, circunstancia que constituye a nivel internacional todo un paradigma representativo y paradigmático de la comunicabilidad, interdependencia y universalidad de los derechos humanos como derechos fundamentales¹⁸⁴. Ahora bien, también se ha de tener presente que la mayoría de ellos se agrupan bajo el título de la solidaridad, demostrándose así cómo –junto a la igualdad- el valor y principio del Derecho Social se convierte en principio ordenador de un conjunto de derechos tanto individuales como colectivos¹⁸⁵.

Por el contrario, la aludida universalidad queda seriamente fragmentada y rota en el título en el que se incluyen una serie de derechos fundamentales bajo el valor de la ciudadanía, pues de un modo claro algunos de ellos son limitados tanto en titularidad

¹⁸⁴ Otro de los logros parciales de la Carta es la ruptura de la concepción tradicional ya explicada por la que los derechos humanos se identificaban con la positivación a nivel nacional de los derechos fundamentales, cuando justamente en este instrumento ocurre lo contrario, pues a nivel internacional se está reconociendo un catálogo de derechos fundamentales como derechos humanos. En este sentido, APARICIO PÉREZ, M. A., “Derechos fundamentales vs. Constitución europea”, cit., p.25. Desde la perspectiva que supuso esta Carta como una actuación decidida frente a la protección de los derechos humanos por la Unión Europea, *vid.*, DEL POZO RUIZ, F., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un paso más en la protección de los derechos humanos”, en *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, AA. VV., BERNUZ BENEÍTEZ, M^a J. y SUSÍN BETRÁN, R. (coord.), Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2003, pp. 173-207.

¹⁸⁵ SCIARRA, S., “Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Revista Temas Laborales*, núm. 62, 2001, p. 23. Un repaso monográfico y breve a los derechos de solidaridad incluidos en esta Carta desde la perspectiva de su contribución a la implantación de los derechos sociales en el orden jurídico comunitario, su contenido, relación y deficiencias de efectividad, lo realiza ESPADA RAMOS, M^a L., “Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia”, cit., pp. 43-56. Más en profundidad sobre los mismos prestando especial atención a su consagración y tutela, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, cit., pp. 91 y ss.

como en ejercicio a los extranjeros o extracomunitarios, al estar reconocidos sólo para los ciudadanos de algún Estado miembro de la Unión¹⁸⁶. Ello es fruto de una concepción de la ciudadanía inspirada estrictamente en su significación política – pertenencia a un Estado-Nación- y no fundamentada ni sobre la residencia ni sobre la universalidad inherente a los derechos humanos. Se pone de manifiesto así una dimensión restrictiva y de discriminación injustificada que, sin duda alguna, impacta y choca contra el propio carácter y fundamento de la Carta en el marco de las grandes declaraciones de derechos humanos universales a nivel internacional. Circunstancia que debería de ser corregido en aras de la construcción verdadera y no excluyente de una Europa social de todos los ciudadanos.

En el momento en el que este instrumento internacional iba a desempeñar un papel clave para la construcción decidida de una Europa social y democrática de Derecho con la Constitución europea, de nuevo se puso en entredicho su valor. La paralización del proceso de ratificación estatal del Tratado por el que se aprobaba tal Carta Magna para la Unión y, por tanto, el fracaso de la misma -así como el freno al proceso político-jurídico integrador y constructivo- conllevó que la Carta siguiese existiendo en la Unión como un acuerdo interinstitucional político sin eficacia jurídica vinculante, pero siendo fuente de inspiración en la integración e interpretación de los Tratados¹⁸⁷. Hecho que encontró su reflejo al salir la Unión del *impasse* en el que se halló con el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007.

En el Tratado de Lisboa se produjo un paso al frente muy decidido para la construcción de una Europa de derechos y valores, pues –como ya se analizó- se concedió rango de Derecho primario a la Carta, tal como fue adaptada, enmendada y proclamada –por segunda vez- el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. Es decir, desde entonces, jurídicamente, la misma posee rango de Tratado vinculante para los Estados miembro. Se constituye así, formalmente, en el Tratado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por el que se reconocen derechos

¹⁸⁶ Desde la incompatibilidad de esta fractura con los fundamentos morales que están en la base de los derechos humanos afronta el análisis de esta circunstancia, GARCÍA MANRIQUE, R., “Los derechos de ciudadanía en la Carta Europea de Derechos”, cit., pp. 4-10.

¹⁸⁷ Este es el hilo conductor principal argumental de los comentarios realizados a la misma por SCIARRA, S., “Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, cit., pp. 9-30.

humanos fundamentales de obligado cumplimiento y respeto jurídico por los Estados miembro¹⁸⁸. Gracias a ello y desde entonces, los derechos fundamentales son auténticos y genuinos derechos –no simples valores o principios políticos- en la Unión Europea. Se dio origen así a una Europa de los derechos fundamentales. Ahora bien, con la particularidad y paradoja jurídicas de la ausencia de la incorporación de la Carta –hasta el momento- al sistema de Tratados *stricto sensu*¹⁸⁹ y, por tanto, siendo –como ya se advirtió- un documento externo al mismo.

La consecuencia más relevante de la situación jurídico-política actual derivada del Tratado de Lisboa es el nuevo carácter jurídico vinculante otorgado a la Carta, su entrada en el derecho interno de cada uno de los Estados miembros teniendo un alcance relativo –como ya se advirtió, sus derechos se hallan inspirados en las tradiciones constitucionales estatales- y la posible alegación de cada uno de los derechos en ella recogidos ante una posible violación de los mismos ante el juez comunitario, enjuiciándose por tanto el Derecho Comunitario.

Así es como después de más de medio siglo de vida de la Unión y de las Comunidades que le precedieron, los derechos sociales fundamentales han adquirido carácter jurídico. Se pueden y deben conformar ahora éstos como estándar mínimo de idéntico carácter a partir del cual construir una Europa social en sentido estricto desde una triple perspectiva: ciudadanía –los derechos sociales reconocidos tienen la llave para la corrección del sentido atribuido a la ciudadanía europea y la discriminación injustificada en la atribución de derechos de ciudadanía, al implicar obligaciones solidarias de reconocimiento de identidades colectivas-; jurídica –el fomento de un

¹⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., p. 182.

¹⁸⁹ El apartado octavo del primer artículo del Tratado de Lisboa modifica el artículo sexto del Tratado de la Unión Europea, estableciendo claramente: *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*. En este sentido, *vid.*, BALAGUER CALLEJÓN, F., “La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 4, núm. 8, 2007. Especialmente, en relación a la Carta, las pp. 7-9. Ahora bien, en la ratificación del Tratado mismo, se produjo un *no* por parte de Polonia y Reino Unido al nuevo carácter de la Carta y su vigencia para estos Estados miembros, aprobándose el Protocolo N° 30 que introdujo algunas disposiciones particulares para estos países. Es por ello por lo que este autor, desde la doctrina *iusconstitucionalista*, ha alegado que se esté dando paso a *los derechos a la Carta* en la Unión desde la propia Carta de los derechos.

derecho comunitario de los derechos sociales-; y política –el impulso de una política social con base en los mismos-.

iii) El sistema de garantías. Breve evolución de su eficacia

El amplio catálogo de derechos humanos –tanto en su concepción de fundamentales como de civiles, políticos y sociales- reconocidos y recogidos en los principales instrumentos comunitarios ha presentado, generalmente, un déficit garantista. Como ya se ha analizado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea durante muchos años ha carecido de fuerza jurídica, con lo que ha sido un instrumento político vinculado a unas garantías claramente ligadas al principio de legitimidad político-jurídica interna estatal de los Estados miembro, en función de la cual la tenían presente como parámetro de referencia. Sin embargo, su rol cambió sustancialmente con el Tratado de Lisboa de 2007. Un cambio que, sin embargo, incomprensiblemente, no ha acontecido hoy en día con la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, pues al instrumento específico, concreto y dotador de contenido de los derechos sociales en el seno de la Unión aún no se le ha otorgado un carácter jurídico, siendo ésta casi olvidada y centrando escasos intereses de referencia. Por tanto, una situación de desigualdad de alcance y valor técnico-jurídico entre dos instrumentos esenciales en el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales. Así, claramente se puede calificar a la evolución sufrida por la eficacia y juridificación de los derechos sociales como muy lenta y tardía en el primer caso y nula para el segundo. Circunstancia evolutiva que claramente ahonda en la concepción y dimensión del déficit social europeo.

Ahora bien, claro está que en un plano más general y no tan concreto de las Cartas anteriores, en la protección y garantía de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea desde la concepción de los derechos humanos como principio general del Derecho Comunitario, ha desempeñado un rol importante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: órgano de control del mismo Derecho Comunitario europeo de naturaleza judicial y supranacional. Ante la carencia de valor

jurídico de las Cartas anteriores, éste vino desempeñando desde el principio de adecuación al Derecho Comunitario¹⁹⁰ la importantísima función de la construcción y configuración de unos derechos fundamentales propios del ordenamiento jurídico comunitario teniendo como referentes al conjunto de Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados miembros –especialmente el Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950- y su reconocimiento en las tradiciones constitucionales de cada uno de ellos. Incomprensiblemente y por la tremenda laguna jurídica a la que dio lugar el carácter político de las Cartas -debido a la nota económica-política que aún subyace a la propia Unión-, no se dotaron a éstas últimas del carácter de instrumento jurídico normativo del Derecho Comunitario de los Derechos Humanos, desde las que poder constituirlo como un auténtico, genuino y propio instrumento garantista¹⁹¹ de la tan perseguida Europa social. Incluso más concretamente, un singular Derecho Comunitario de los Derechos Sociales. De este modo es como la aplicación real y efectiva de este conjunto de derechos se vio seriamente mermada, pues los mismos reconocidos en la Carta no gozaban de una justiciabilidad ante el Tribunal en el supuesto de su violación.

Una paradoja que ha encontrado solución parcialmente, pues el valor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cambió sustancialmente con el Tratado de Lisboa y no así ni en el mismo sentido positivo la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales. Ante el otorgamiento del valor de Tratado a la Carta –formal y materialmente, Tratado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea-, ésta pasa a ser un instrumento netamente normativo de Derecho Internacional de la Unión Europea sobre derechos humanos, con lo que el Tribunal tiene

¹⁹⁰ Un principio que ha venido implicando que las construcciones de este Tribunal, por una parte, sean consideradas fuente directa en el supuesto de la ausencia en los ordenamientos internos de principios o medidas jurídicas equivalentes a las previstas en el Derecho Comunitario; y, por otra parte, asuman el rol de fuente delimitadora del contenido y eficacia de los principios y medidas normativas que deberán ser aplicadas según criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I)”, cit., pp. 892-893.

¹⁹¹ Una visión crítica de esta situación es la ofrecida a modo de ejemplo con los derechos fundamentales de los extranjeros en la Unión Europea por ASTOLA MADARIAGA, J., “Derechos fundamentales y Unión Europea. La necesidad de la creación de un sistema de garantías para los derechos fundamentales de la Unión Europea: un ejemplo de los peligros de su ausencia”, en *El Constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, AA. VV., GARCÍA HERRERA, M. A. (ed.), cit., pp. 119-138. En la misma dirección, pero de un modo general, ARLUCEA RUIZ, E., “El sistema de derechos y su protección en la Unión Europea”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, AA. VV., CORCUERA ATIENZA, J. (coord.), cit., pp. 237-264.

competencias directas y legítimas en el control de su aplicación, vigencia y ante supuestas violaciones de los en ella contenidos. Es decir, la totalidad de los derechos fundamentales –incluidos los sociales- reconocidos en la Carta, al pasar ésta a ser Derecho Comunitario *stricto sensu*, son garantizados en su plenitud por una de las instituciones del funcionamiento político-jurídico de la Unión.

Por vez primera y tras muchos años, se ha empezado a construir y a tener vigencia una Europa que va más allá de su carácter político y económico: la Europa de los derechos fundamentales –sociales, civiles y políticos- con un Derecho Comunitario propio de los derechos humanos –fundamentales- y una institución político-jurídica –el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- garante de las mismas, revitalizándose así su carácter y funciones jurídicas y jurisprudenciales más propias a todo tribunal de justicia y no tanto interpretativas.

3.- LAS APORÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES: SU “EXIGIBILIDAD”, “JUSTICIABILIDAD” Y “EFICACIA”

Los derechos sociales, como derechos humanos fundamentales inspirados en el paradigma del Derecho Social, tienen un conjunto de aspectos en torno a los cuales se centra un mayor debate polémico sobre su consideración como auténticos derechos, que con respecto a los rasgos advertidos en la definición técnico-jurídica realizada. Es así porque son constantes sus comparaciones –e incluso confrontaciones- con los derechos civiles y políticos, suponiendo inicialmente éstos últimos el canon de referencia para la consideración dogmática de un derecho. Una premisa totalmente errónea y equivocada desde la propia concepción de la interdependencia, comunicabilidad e indivisibilidad de todos los derechos humanos: no caben parangones entre unos derechos humanos fundamentales civiles y políticos y otros derechos humanos fundamentales sociales, ni conceptualmente ni en su fundamentación. Ambas tipologías son respuesta al modelo de Derecho Privado y al modelo de Derecho Social, respectivamente, y, en este sentido, el propio avance y la evolución histórica de los derechos humanos se halla precisamente en el reconocimiento, justiciabilidad y eficacia de los derechos sociales en aras del progreso social y mejora de las condiciones de vida a las que conducen, desde su acción

solidaria y conjunta con los restantes derechos¹⁹². Por tanto, la exigibilidad, la justiciabilidad y la eficacia como posibles aporías de los derechos sociales fundamentales son analizados a continuación.

3.1.- EL DILEMA DEL CARÁCTER PROGRAMÁTICO Y LA POSIBLE PÉRDIDA DE EFECTIVIDAD (“EXIGIBILIDAD”) DE LOS DERECHOS SOCIALES. CONDICIONALIDAD Y POSIBLES ACCIONES POSITIVAS

En el marco del constitucionalismo social iniciado en el siglo pasado, los derechos sociales fueron adquiriendo un protagonismo destacado en la dogmática jurídico-constitucional y de los propios derechos, quedando en unas ocasiones reconocidos como auténticos derechos subjetivos fundamentales de la persona con plenas garantías jurisdiccionales y, en otros casos, como meros principios rectores de la política social y económica o como normas programáticas sin un mecanismo concreto y definido garantista. En el primer supuesto, por su propia configuración e implicaciones, queda fuera de dudas todo posible interrogante sobre su exigibilidad; mientras que para el segundo, las dudas son mayores para su formación, valoración y configuración como auténticos y genuinos derechos sociales. Estas posibles dudas son aprovechadas por los detractores de estos derechos para restarles la importancia que merecen e, incluso, negarles la atribución del carácter de derecho. Concepción claramente superada por las implicaciones implícitas y explícitas propias que conllevan estos derechos sociales.

El punto de partida para la superación de los posibles dilemas de los derechos sociales como derechos de carácter programático –incluidos igualmente en las Constituciones pero no en su parte dogmática-, ha de ser la propia y estrecha relación que une a los primeros con las pretensiones e intenciones que tienen las constituciones del modelo de Estado social, halladas plenamente identificadas con los principios, valores y objetivos de la igualdad formal y material, el reconocimiento, la inclusión y el progreso social. Aspecto que, igualmente, puede ser predicado respecto a los derechos sociales fundamentales *stricto sensu*. Por tanto, el reconocimiento constitucional de

¹⁹² VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 102.

ambos origina un carácter mediato que no puede ser olvidado ni por el juez ordinario ni por el legislador¹⁹³. Este presupuesto es el que ha de ofrecer sustento al posible carácter programático de estos derechos con respecto a los mismos pero estrictamente subjetivos, para su igualación en importancia y exigibilidad. A partir de aquí es cuando los propios derechos sociales se han de ir dotando de un contenido específico y concreto que los desarrolle y que pueda ser conocido por la persona sujeto titular del mismo para atenerse a él y exigir su cumplimiento.

En esta trascendental tarea, sin duda alguna, adquiere una importancia considerable el conjunto de actuaciones llevadas a cabo por el poder público de manos de un legislador intervencionista en el conjunto de las relaciones sociales de la comunidad y en pro del desarrollo y progreso social. Se supone así la irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas, razón de ser a su vez de los propios derechos sociales. De esta forma es como éstos y su acción -con su carácter rector y organizativo ejercido mediante el legislador y el poder público- son incorporados al derecho positivo mediante la totalidad de un conjunto de normas claramente ordenadoras en aras de la realización de un elenco de acciones positivas claramente tendentes a la creación de leyes sociales originadoras y garantes de nuevos y auténticos derechos subjetivos sociales; o, en su caso, la creación de servicios públicos facilitadores de una acción promocional positiva en este ámbito¹⁹⁴.

En este sentido, desde el propio Estado social y mediante unas políticas de bienestar social y una legislación de idéntico carácter, corresponde al primero y respecto a los derechos sociales, un conjunto de obligaciones correlativas para con ellos en tres sentidos: de respeto –obligación negativa-, de protección y satisfacción –obligaciones positivas-¹⁹⁵. Es decir, desde el propio reconocimiento constitucional de estos derechos –indistintamente al modo que sea- el Estado social, en todo momento, tiene una

¹⁹³ CARRILLO, M., “La eficacia entre los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”, cit., p. 70.

¹⁹⁴ PECES-BARBA, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 207.

¹⁹⁵ Estas tres obligaciones para los Estados son las que establece el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966. Desde la teoría del Estado social constitucional las dos notas aludidas –positividad y negatividad- clasifican –con ejemplificaciones concretas- las obligaciones estatales para con los derechos sociales, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, cit., pp. 24 y ss. Por la inclusión estricta de la triple clasificación obligacional estatal propuesta internacionalmente sin la taxonomía en sendas obligaciones positivas y negativas apuesta GARCÍA MORALES, A. F., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., pp. 37 y ss.

obligación de abstención en la afectación e intervención en el desarrollo, efectividad y contenido de un conjunto de derechos sociales, no entorpecidos; y una obligación de proteger los mismos y su contenido a través de un conjunto de acciones positivas, que van desde la obligación de la regulación jurídica de los derechos mediante un desarrollo completo de su contenido, hasta posibles mecanismos de reparación y sanción ante una posible vulneración de ellos –seguidamente analizada–, pasando obviamente por la defensa de la no injerencia de terceros en el ejercicio de estos derechos por parte de sus titulares.

Ante el caso de los derechos sociales y los posibles interrogantes planteados en torno a ellos por su carácter programático, es éste el que implícitamente está exigiendo –derivado también en parte de las obligaciones a las que da lugar– una rica actividad legislativa con directa influencia en el campo económico y social para así dotarlos de la correspondiente exigibilidad. Ésta es la fase fundamental ubicada entre la proclamación y la realización efectiva de los derechos sociales: la existencia tanto de una decidida y completa legislación social como su adecuado desarrollo y coherencia técnico-jurídica con los propios derechos sociales. Por tanto, un aspecto trascendental para la exigencia de los mismos, es la adopción de todas y cada una de las normas legales necesarias y complementadoras de su contenido, en muchos casos promocionales y de desarrollo.

Pero, en este sentido, tampoco se ha obviado la importancia que tiene su contenido esencial de los mismos que ha de ser respetado por la anterior y en base al cual se ha de tener presente, principalmente, la proclamación y dotación de contenido de los derechos sociales realizado por las Declaraciones, Pactos y Cartas de carácter internacional. Como ya se ha analizado, éstas entran a formar parte del ordenamiento jurídico interno por medio de las constituciones y, por ende, ofrecen un contenido mínimo esencial indisponible que ha de ser respetado y punto de partida para el posterior desarrollo y contenido de estos derechos sociales¹⁹⁶. De este modo, desde las obligaciones estatales

¹⁹⁶ En este sentido y por este hecho, se defiende por parte de un sector de la doctrina *iustlaboralista* que estas Declaraciones, Pactos y Cartas se han rodeado explícitamente de un garantismo fuerte que ha supuesto que los derechos sociales en ellas reconocidos sean derechos del hombre garantizados por las instituciones jurídicas, MONEREO PÉREZ, J. L., “Genealogía de las Declaraciones de los derechos y su significación político-jurídica”, estudio preliminar a la obra de JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. XV. En sentido parecido, pero más específico respecto a la garantía de los derechos sociales a nivel internacional se pronuncia VICENTE GIMÉNEZ cuando propone la creación de un Tribunal Social internacional para asegurar la efectividad real de los mismos en

y con esta legislación dotadora de contenido, se supera el posible déficit del carácter dogmático-jurídico de derecho atribuido a los derechos sociales por su nota programática.

Si, como se ha puesto de manifiesto, el carácter programático no supone problema para la exigibilidad de los derechos sociales por el derecho positivo de la legislación social que los desarrolla y los dota de contenido, originando nuevos derechos subjetivos incorporados al derecho positivo, cabe plantearse ahora el interrogante respecto a la garantía de los mismos desde esta perspectiva y las posibles dudas ante ello. Está claro que en un sentido jurídico formal, desde la propia concepción de los derechos sociales como principios rectores constitucionalmente reconocidos, no cabe acudir ante el organismo jurisdiccional correspondiente alegando su violación. A *sensu contrario*, adquieren relevancia un conjunto de garantías relacionadas directamente con los mecanismos más propios del garantismo jurisdiccional de los derechos que da lugar a una exigibilidad indirecta¹⁹⁷. Ésta, puesto que el andamiaje jurídico-institucional protector de los derechos sociales se halla inconcluso por la juventud del paradigma en el que se incluyen, ofrece la posibilidad de exigir el cumplimiento del contenido de los mismos desde la toma en consideración del principio de igualdad que afecta a todos los derechos humanos –indistintamente su categoría–; desde una posible discriminación injustificada en su ejercicio; desde la protección de estos derechos sociales a través de los civiles y políticos; o desde los propios límites de los derechos civiles y políticos impuestos por los derechos sociales.

De esta manera, desde la interdependencia, comunicabilidad e indivisibilidad de los derechos humanos, no sólo se fomenta una reinterpretación de las garantías jurisdiccionales ya consolidadas de los derechos civiles y políticos, sino que también una nueva concepción de los derechos sociales como derechos fundamentales de la persona indistintamente a su reconocimiento jurídico-formal en la dogmática de las constituciones. Es decir, el carácter fundamental de un derecho y su adecuada

el plano internacional ante la nueva dialéctica global-local, VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 106.

¹⁹⁷ *Vid.*, al respecto, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 168-243. Igualmente, AA. VV., *Lecciones de derechos sociales*, AÑÓN ROIG, M. J., y GARCÍA AÑÓN, J. (coord.) cit., pp. 161-165. Asimismo, en sentido análogo, pero desde la concepción de garantías secundarias, MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, cit., p. 21.

exigibilidad debe provenir de su consagración jurídico-positiva en normas que gocen de la consideración de fundamentales en el seno del Estado social y que, por ende, inciten a la totalidad de los operadores jurídicos a maximizar los mecanismos de su protección, exigibilidad y garantía por medio de nuevas interpretaciones –como las manifestadas- o reformas en base a este postulado¹⁹⁸.

En cualquier caso, a día de hoy de un modo directo –desde el propio constitucionalismo social vigente mediante una legislación desarrolladora del contenido de los derechos sociales como principios rectores y normas programáticas, así como mediante un conjunto de garantías indirectas que garantizan su exigibilidad y contenido- se supera la posible debilidad en relación a la exigibilidad tradicionalmente atribuida a los derechos sociales y ésta nos conecta directamente con la justiciabilidad de ellos, pues desde una estricta dimensión jurídica, toda exigibilidad de un derecho está ligada a su justiciabilidad. Precisamente, otra de las clásicas aporías atribuidas a los derechos sociales.

3.2.- LA EFECTIVIDAD. EL PROBLEMA DE LA “JUSTICIABILIDAD” DE LOS DERECHOS SOCIALES: ESTRATEGIAS TÉCNICO-JURÍDICAS

En todo sistema jurídico, la justiciabilidad de los derechos es un concepto nuclear. El mismo, posibilita acudir ante un órgano jurisdiccional o autoridad judicial imparcial correspondiente –principalmente un tribunal- para la valoración de una posible o no violación de un derecho subjetivo. En el caso de los derechos sociales se halla muy discutido, en clara relación con los dilemas planteados por la propia exigibilidad de los mismos, como puede ser el caso de su contenido. Es más, incluso se alude y defiende por los detractores de los derechos sociales que los posibles interrogantes sobre la justiciabilidad de estos derechos se encuentra en la diferente estructura interna de los mismos, en relación a los derechos civiles y políticos y su técnica garantista. Un argumento carente de sentido ya que, ante todo, tanto la categoría

¹⁹⁸ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit. p. 81.

de los derechos sociales como la de aquéllos, poseen la misma estructura jurídica al ser parte de los derechos humanos y derivar sus fundamentos, fines y objetivos de la defensa de la dignidad humana: ambas categorías obligan en cuanto que se constituyen como derechos superiores –incluso transformados en normas jurídicas superiores- que deben ser observados, respetados y puestos en práctica. A partir de aquí es cuando ha de tener la relevancia merecida la justiciabilidad de los derechos sociales como un conjunto de distintas intervenciones por parte del poder judicial competente de diferente carácter –jurisdiccionales, preventivas, sancionadoras o de control- con la finalidad última de evitar la violación¹⁹⁹.

Muy en conexión con este aspecto general, se encuentra también la concepción por la que los derechos sociales -cuando no son positivizados jurídicamente como fundamentales- presentan una falta de adecuación al proceso judicial tradicionalmente instaurado y considerado. Un proceso especialmente previsto para la protección jurisdiccional de unos derechos civiles y políticos de eficacia inmediata en cuanto derechos individuales contruidos sobre una mediación legislativa ya culminada, con lo que el juez apenas o nulamente requiere la intervención del legislador. Una situación que totalmente cambia con los derechos sociales, pues partiendo de un núcleo intangible de contenido, éstos no tienen una dimensión tan estrictamente individual, al pretender hacer efectiva una igualdad en el punto de llegada que, en muchos casos -como ya se ha analizado-, requiere de una intervención decidida, directa y promocional por parte del legislador no acabada²⁰⁰. Ésta, por la dimensión inherente a estos derechos de progreso

¹⁹⁹ En este sentido, adquiere un rol destacado la posición doctrinal defensora de las diferentes opciones de justiciabilidad de los derechos sociales, no quedando reducida la misma a una cuestión de todo o nada en referencia a la sola posibilidad de sanción directa por un órgano jurisdiccional, *vid.*, PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit. pp. 88-89. Esto último supone lo que otro sector de la doctrina propone como la apertura de vías jurisdiccionales a través de las cuales se puedan presentar violaciones, CARBONELL, M., “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, AA. VV., CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), Trotta, Madrid, 2005, pp. 189. FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 115-119. Por su parte, estas nuevas vías jurisdiccionales conllevan la apertura y justiciabilidad de los derechos sociales con una intervención del poder judicial que desde una posición estricta del garantismo y tutela del todo o nada de un derecho, puede ser criticada desde la concepción por la que se le esté otorgando un notable poder decisonal al poder del Estado con menos legitimidad democrática, *vid.*, GARGARELLA, R., “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales individuales?”, cit., p. 14; REY PÉREZ, J. L., “La naturaleza de los derechos sociales”, cit., pp. 152-153.

²⁰⁰ HIERRO, L. L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, AA. VV., GARCÍA

y desarrollo social, será constantemente dinámica, convirtiéndose así en traductor jurídico de la política social y creador progresivo de nuevos derechos subjetivos de carácter social.

Por tanto, se pone de manifiesto que el error es meramente de concepción. Se ha de cambiar ésta en relación a los derechos sociales y a las exigencias tradicionales del proceso. Éstos requieren una acción procesal con una intervención del legislador más atenta, lograda y constante. Se trata, en definitiva, de aplicar el proceso judicial previsto a dos categorías de derechos que responden a dos paradigmas jurídico-políticos distintos –el Derecho Privado y el Derecho Social- desde la propia interdependencia y conexión de los mismos en cuanto conformadores de los derechos humanos. Así es como la dimensión social de todos los derechos humanos quedaría realzada auténticamente y justiciable plenamente, incluida la de los derechos civiles y políticos. En consonancia, se pone de manifiesto la existencia de dos modos de organización formal jurídica de los derechos sociales –técnicamente como fundamentales y como no fundamentales- presentadores ambos de una premisa sustancial y básica: la conveniencia político-jurídica de que los mismos principalmente exigen más que otros derechos una acción positiva que los promueva removiendo todos aquellos obstáculos que impidan su efectividad y que los garantice, con frecuencia, mediante una acción prestacional de carácter público, con la finalidad de hacer valer sus componentes igualitarios²⁰¹.

Desde esta premisa y la admisión de esta justiciabilidad, es entonces cuando cabría establecer, atendiendo a la propia dogmática de los derechos sociales, un garantismo jurisdiccional y un garantismo social reforzadores de su tutela y, por ende, de su exigibilidad atendiendo a la opción técnica determinante de su organización.

MANRIQUE, R. (ed.), cit., pp. 197-198. Desde la misma denuncia a este postulado, las soluciones prácticas que a ésta errónea concepción se están dando en América Latina quedan ilustradas brevemente por NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia”, *Revista de Derecho Social*, núm. 44, 2008, pp. 99-100. En relación al progreso acabado respecto al proceso judicial de los derechos civiles y políticos, *vid.*, la obra clásica de POUND, R., *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, con estudio preliminar “La jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2004, *passim*.

²⁰¹ PECES BARBA, G.: “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 206.

3.2.1.- Los derechos sociales fundamentales. El garantismo jurisdiccional

Tomando como premisa el sentido jurídico riguroso y la propia dogmática de los derechos fundamentales, una dimensión trascendental desde la que otorgar plena justiciabilidad a los derechos sociales, ha sido su reconocimiento en las Constituciones como derechos fundamentales de la persona en la parte dogmática de las mismas, siguiendo el contenido esencial y sentido propio de los mismos reconocidos a nivel internacional. Así, esta incorporación específica y concreta al ordenamiento jurídico, es uno de los mayores logros de los derechos sociales –y por ende del propio constitucionalismo social-. Ha supuesto la dotación a dichos derechos sociales de un carácter *a priori* totalmente subjetivo de eficacia directa e inmediata con posibilidad de reclamación de su cumplimiento mediante el debido proceso ante la autoridad jurisdiccional correspondiente. El paso y vínculo continuista e identificador de y entre los genéricos derechos humanos -con sus valores social y políticamente relevantes- a los derechos fundamentales positivizados -situados en el marco de un sistema jurídico positivo-, produce una protección y garantía de su justiciabilidad al más alto nivel con el otorgamiento, tanto en el plano nacional como en el internacional, de un rango legal superior que permite la conformación del contenido esencial del derecho mediante su institucionalización jurídico-constitucional²⁰², sustrayéndolo así a la disponibilidad del legislador ordinario. Es decir, explícitamente, los derechos sociales fundamentales han de ser dotados y formar parte de las garantías institucionales propias de la Constitución o, según el caso, del instrumento jurídico fundamental de un determinado ordenamiento jurídico²⁰³.

²⁰² DÍAZ-OTERO, E., “Los derechos subjetivos fundamentales en el constitucionalismo social y democrático”, en *Problemas de legitimación en el Estado Social*, AA. VV., OLIVAS, E. (dir.), cit., pp. 49-63. PECES BARBA, G.: “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 195-207.

²⁰³ *Vid.*, para profundizar al respecto y de un modo general, ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., *passim*; FERRAJOLI, L., *Garantismo. Un debate sobre Derecho y Democracia*, cit. Para el caso concreto de las garantías de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española, *vid.*, RIVERO LAMAS, J., “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1979-2089; DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., pp. 79-106. Sobre los fundamentos del valor normativo de la Constitución y ésta como norma fundamental, *vid.* la clásica obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4^a ed., Thomson Civitas,

La consecuencia lograda de la dotación de este carácter fundamental a los derechos sociales deriva en un garantismo jurisdiccional, suponedor de unas posibilidades reales de acción procesal en caso de violación de estos derechos subjetivos sociales de la persona y la alegación de su contenido ante el órgano jurisdiccional al efecto, valorando éste la aplicación de la sanción correspondiente o la declaración de nulidad ante la seguridad de la existencia de actos ilícitos o no válidos²⁰⁴. El fundamento de esta concepción claramente separatista entre derechos y garantías proviene de uno de los juristas universales más clásicos, como es el propio KELSEN y su perspectiva según la cual estos derechos fundamentales –sociales en este caso- se constituyen en básicas reglas de reconocimiento de otras²⁰⁵.

Navarra, 2006, pp. 55-67. Para el análisis de las implicaciones de una Constitución desde su propio concepto, como elemento característico del moderno Estado de Derecho y como elemento político, *vid.*, SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, traducción de AYALA, F., Alianza Editorial, Madrid, 1982.

²⁰⁴ Esta garantía coincide plenamente con lo que FERRAJOLI denomina *garantías secundarias*, frente a las *garantías primarias*, que son obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en los textos normativos. Dentro del ámbito *iusfilosófico*, la teoría garantista desarrollada por este autor italiano a lo largo de distintas obras suyas es de las más conocidas y tomadas como referencia en el mundo jurídico. En este sentido, genéricamente va a definir el garantismo como el agregado de técnicas de tutela y de salvaguardia del conjunto de los derechos fundamentales de la persona que le pertenecen tal cual. Por *garantías*, pieza clave de todo el constructo teórico del garantismo, entiende toda aquella expresión jurídica que haga referencia a cualquier técnica normativa de tutela de los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos de la persona. Ambas definiciones son explicitadas en FERRAJOLI, L., “Garantías”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000, p. 39. Un desarrollo de las mismas en el marco general del paradigma garantista de este autor y con mayor profundidad se puede ver en IBÍDEM, “El derecho como sistema de garantías”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1992; IBÍDEM, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cit. *passim*; IBÍDEM, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, cit.; IBÍDEM, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000, *passim*; IBÍDEM, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, *passim*. Desde una perspectiva más de debate en torno a las formulaciones y postulados de este paradigma, *vid.*, AA. VV., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., *passim*; AA. VV., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), cit.; PISARELLO, G., “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 41, julio 2001, pp. 3-10; SASTRE ARIZA, S. “Derecho y garantías”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000, pp. 47-55.

²⁰⁵ Sobre esta teoría jurídico-política de referencia en el pensamiento jurídico, *vid.* las obras clásicas del mismo, destacando sobre todo, KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, con estudio preliminar “Los fundamentos del Estado Democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2002; IBÍDEM, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949. Para completar la comprensión del conjunto de la teoría de este autor, *vid.*, MERKL, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, Comares, Granada, 2004. Asimismo, en estrecha relación a la separación entre derechos y garantías, sobre su concepción propia por la que el derecho subjetivo de una persona exige el deber jurídico de otra, *vid.*, KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1995.

Así es como se da lugar a una doble técnica garantista de los derechos sociales fundamentales: la normativa y la jurisdiccional²⁰⁶. Por medio de la primera se está reconociendo de un modo específico y concreto, con una técnica jurídica depurada y suprallegal, los derechos sociales tanto a nivel estatal en consonancia con el nivel internacional, como a éste último nivel de un modo exclusivo en las grandes Declaraciones, Pactos y Cartas que se encuentran dotadas de carácter jurídico vinculante. A través de la segunda se configura y establece la posibilidad, *stricto sensu*, de alegación con total legitimidad ante los órganos jurisdiccionales correspondientes y con competencia para juzgar, en este caso, la violación o no de un derecho social fundamental²⁰⁷. En este caso, y con este modo de organización técnico-jurídica de los derechos sociales, se consigue dar un paso decidido en la evolución hacia la construcción de un progresivo constitucionalismo social de la igualdad.

3.2.2.- Los derechos sociales: el garantismo social

La existencia de derechos humanos fundamentales de contenido social como estrictos derechos subjetivos y su garantía jurisdiccional no ha de obviar la presencia igualmente de derechos de idéntico contenido y carácter en sentido estrictamente jurídico, con la atribución de los poderes jurídicos correspondientes. Mediante éstos últimos se expresa, implícita y jurídicamente, una situación jurídica subjetiva en forma de expectativa o interés simple. Para esta técnica organizativa de los derechos sociales, adquiere una especial relevancia el denominado garantismo social.

Como superación de la tradicional y máxima concepción del garantismo jurisdiccional de los derechos fundamentales del hombre –indistintamente a su categoría-, por la que muchos derechos sociales que no gozaban de tal estatus quedaban

²⁰⁶ Doble técnica garantista encuadrada en el modo de exigibilidad directa de los derechos sociales, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., cit., pp. 132-168. Igualmente, AA. VV., *Lecciones de derechos sociales*, AÑÓN ROIG, M. J., y GARCÍA AÑÓN, J. (coord.) cit., pp. 158-160.

²⁰⁷ Dos dimensiones controvertidas -legitimidad y competencia- que para el caso de los derechos sociales y su justiciabilidad se prestan a interrogantes por el componente de acción pública que poseen, *vid.*, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia”, cit., pp. 101-111.

fuera de toda garantía o poseían una tutela debilitada por el difícil encaje en las técnicas propias de dicho garantismo, a modo de complemento para la total garantía de los derechos sociales indistintamente al modo de su presencia en el ordenamiento jurídico, cobra una importancia concreta el garantismo social. Especialmente para la garantía de aquellos derechos plasmados en el sistema jurídico en forma de principios rectores o normas programáticas de la política social. Esta nueva estrategia técnico-jurídica aseguradora de la justiciabilidad y de la exigibilidad de la totalidad de los derechos sociales supone un paso adelante decidido en la progresiva construcción, institucionalización y consolidación de su estructura jurídica dentro del paradigma joven del Derecho Social.

El garantismo social no es una técnica garantista jurídica pura y en sentido estricto. Muy al contrario, posee un importante componente político. Se configura, pues, de un modo más específico como una estrategia político-jurídica en el seno del modelo garantista, tomando como referencia el Estado constitucional social desde las propias concepciones inherentes al constitucionalismo social. Es decir, desde el propio desarrollo de una legislación social que despliega y completa el contenido de los derechos sociales como principios rectores de la política social -incluso creando nuevos derechos de carácter subjetivo o mediante servicios públicos específicos, como ya se puso de manifiesto-, por parte del Estado social se está asegurando una intervención político-jurídica garantista cuyo requisito primordial consiste en la prestación positiva de una gama de acciones y servicios -en clara consonancia- de contenido social por parte de los poderes públicos correspondientes en beneficio de la totalidad de las personas²⁰⁸, cumpliendo para éstos así el conjunto de notas definidoras conceptualmente de los derechos sociales.

Ahora bien, si los derechos sociales adquieren plena efectividad mediante mecanismos jurídicos y políticos que aseguren su justiciabilidad y exigibilidad, su garantía -especialmente en este garantismo social- está haciendo implícita la necesidad de que impere una verdadera, auténtica y genuina democracia sociopolítica inclusiva. Es así porque exige a la totalidad de las personas conformadoras de la comunidad política-

²⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., “Genealogía de las Declaraciones de los derechos y su significación político-jurídica”, estudio preliminar a la obra de JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. XXIV.

jurídica en la que se encuentran una actitud netamente activa, expresadora de sus intereses y valores para que éstos sean tenidos en cuenta. Pero no sólo de ellos individualmente considerados, sino también del posible elenco de grupos sociales constituidos representativos de ellos²⁰⁹.

Sólo de esta forma, el poder público podrá conocer las verdaderas necesidades sociales político-jurídicas de su comunidad y, desde los principios rectores o normas programáticas –los propios derechos sociales- en conexión con la legislación de desarrollo de los mismos, podrá concebir progresivamente nuevos derechos sociales que atiendan a la igualdad en el punto de llegada para la cobertura de nuevas necesidades sociales, desde unos principios y política del bienestar paulatinamente consolidada y no regresiva. En este caso, si el propio concepto de justiciabilidad implica una identificación de las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los derechos, para este supuesto concreto no sólo van a quedar las mismas claramente delimitadas, sino que también se constituyen en unas obligaciones mínimas maximizadas en su importancia jurídico-política. Labor y deber que son propias, a su vez, del modelo de Estado social, teniendo plena eficacia si impera una ciudadanía social, otra de las clásicas aporías de estos derechos.

3.3.- LA “EFICACIA” REAL PLENA DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA CIUDADANÍA SOCIAL

²⁰⁹ El garantismo social no consiste así en técnicas limitativas, sino muy al contrario, participativas, FORSTHOFF, E., “Concepto y esencia del Estado Social del Derecho”, en *El Estado Social*, ABENDROTH, W, FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 86. Asimismo, se viene defendiendo que este es el rasgo principal de la técnica garantista social para el desarrollo del modelo de Derecho Social, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado Social constitucional*, cit., pp. 84-92. En el mismo sentido, VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 105; BRITOS, N., “Garantías no institucionales y exigencia de derechos sociales”, en *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, AA. VV., RIBOTTA, S. y ROSETTI, A. (eds.), cit., pp. 187 y ss.

Los derechos sociales adquieren toda su efectividad con la vigencia de una ciudadanía social²¹⁰ que, principalmente y atendiendo a las múltiples fracturas de una sociedad de pleno siglo XXI, se halla ubicada entre dos polos no opuestos y sí conexos: el de la continua pretensión de su consecución en cuanto fin y el de su realidad con todo su esplendor y significado en el marco general de una ciudadanía plena. Es por ello por lo que se viene identificando como una aporía más de dichos derechos necesitada de superación desde la propia concepción conexas e interdependiente entre todos los derechos humanos y la dimensión de ciudadanía plena a la que dan lugar, ya analizada en epígrafes anteriores.

Si a partir de la comunicabilidad e indivisibilidad entre las distintas categorías de derechos humanos se concibe que la titularidad y ejercicio de los mismos desde su propia universalidad origina una ciudadanía plena cuya manifestación máxima es la propia pertenencia a una comunidad política independientemente a sus límites y connotaciones geopolíticas, la ciudadanía social en ello tiene un papel trascendental. Esta pertenencia viene definida en base a la atribución –titularidad- de un conjunto de derechos humanos de distinto carácter, conformador de un estatus jurídico de la persona²¹¹ en la que los derechos sociales son los encargados de proporcionar y de facilitar no sólo una igualdad en el punto de llegada, sino también el conjunto de condiciones básicas existenciales de carácter social que permita el ejercicio efectivo de la totalidad de los derechos y libertades constitutivos del estatus. Se constituye así en el punto de partida para atender al bienestar social desde los niveles más profundos de desigualdad hasta los menos. Éste es el nexo de unión entre derechos sociales y ciudadanía social: el protagonismo de las personas y sus derechos omnicomprendidos –

²¹⁰ Tanto el propio concepto como las principales connotaciones del mismo –que posteriormente con el transcurso de los años han sido debatidas tanto para su defensa como para su crítica- se debe a MARSHALL, T. H., y a su obra *Ciudadanía y Clase Social*, cit. En ella, el autor se centra en la propuesta de un concepto normativo de ciudadanía, su desarrollo histórico y la relación de tensión existente entre los derechos de ciudadanía y las desigualdades sociales. Una introducción de los principales aspectos de la obra en relación directa a la ciudadanía social se encuentra en el estudio preliminar a la misma realizado por NOYA MIRANDA, F. J., “Ciudadanía y capital social. Estudio preliminar en torno a ciudadanía y clase social, de T. H. Marshall”, cit., pp. 270-278.

²¹¹ Para MARSHALL la ciudadanía constituía un estatus de plena pertenencia de los individuos a una comunidad política o sociedad conferido a quienes son miembros de pleno derecho de la misma en base al disfrute de los derechos civiles, políticos y sociales. MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y Clase Social*, cit., pp. 22-36.

en las dimensiones de titularidad y ejercicio- para su ubicación social²¹². Por tanto, aquélla no va a garantizar e implicar de un modo inmediato la igualdad material, pero sí la de un estatus jurídico-político de pertenencia desde el que se ha de facilitar la primera en aras de la construcción de una sociedad justa, igualitaria y solidaria.

Por su parte y derivadamente, la concepción implícita que supone la ciudadanía social como una ciudadanía claramente ligada a la eficacia exclusiva de los derechos sociales ha de ser superada. Esta superación, igualmente, conllevaría idéntico postulado pero con respecto a los derechos civiles y políticos y las correspondientes ciudadanías de igual carácter. Si se ha argumentado y defendido la interdependencia y comunicabilidad entre todos los derechos humanos indistintamente a su categoría y la imposibilidad de una diferenciación en términos de confrontación entre los mismos, idéntico planteamiento se ha de mantener con respecto a las ciudadanías y la posible distinción y contraposición entre ellas. Es más, se ha de mantener justamente lo opuesto. El estatus jurídico de la persona perteneciente a una comunidad cuyo paradigma es la propia ciudadanía social implica la titularidad y ejercicio igualmente de derechos civiles y políticos. Ahora bien, los sociales son los que se posicionan como claves, porque desde la propia igualdad sustancial de éstos últimos, se garantizan los principios de participación, libertad e igualdad en la sociedad. Se origina así, desde estos derechos y principios garantizados, la pertenencia a una ciudadanía plena integrada por la civil, la política y la social²¹³, siendo ésta última la clave de bóveda para que el conjunto adquiera su sentido y auténtica significación.

²¹² AÑÓN, M. J., “Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002, p. 3.

²¹³ *Vid.*, la división tripartita de la ciudadanía en la concepción de MARSHALL, *Ciudadanía y Clase Social*, cit., pp. 22-36. Ahora bien, no es una división original suya, sino que se inspiró en las ideas de HOBHOUSE, que –desde el liberalismo social- presentaba mayor preocupación por el devenir histórico separado de cada una de ellas individualmente consideradas que en su totalidad integrada, al igual que también en parte MARSHALL, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., “Los fundamentos del liberalismo social y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, 2007, pp. 740-745. Una obra clásica del mismo desde su particular concepción liberal-social, HOBHOUSE, L. T., *Liberalismo*, con estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2007. Un análisis sucinto sobre la relación entre el liberalismo y la ciudadanía social, así como las concepciones de los principales autores que la desarrollan, es el realizado por ANTÓN, A., “Crisis del trabajo y ciudadanía social”, en *Trabajo, Derechos Sociales y Globalización. Algunos retos para el Siglo XXI*, AA. VV., ANTÓN, A. (coord.), Talasa, Madrid, 2000, pp. 243-274. Por otra parte, en un sentido contrario a la unidad e interdependencia entre las tres formas de ciudadanía -originadoras de la ciudadanía plena- se manifiesta BARCELONA. Este autor, desde el punto de vista histórico-evolutivo, realiza una contraposición entre una ciudadanía social sustentada en una dimensión material de la igualdad y

Desde esta perspectiva concreta, cuya implicación directa y fundamental es la integración de los derechos en la ciudadanía, ésta se reconfigura y redefine atendiendo a todo un elenco de situaciones jurídico-subjetivas garantizadas a la persona por el sistema político-jurídico. Todo ciudadano, por tanto, tiene un atributo fundamental: el derecho a tener derechos. Desde el mismo, es la propia ciudadanía la que dota de contenido al Estado social de Derecho, pues éste aparece como la entidad gestora de los intereses reconocidos jurídicamente a las personas²¹⁴.

En este contexto es en el que la ciudadanía social muestra su objetivo principal y más ambicioso: la consecución de que cada persona perteneciente a la comunidad sea considerada y tratada como miembro pleno de una sociedad de iguales²¹⁵. Esta concepción y tratamiento apareja la inclusión de los miembros, con lo que los derechos sociales, en conexión y comunicabilidad con los civiles y políticos -a la postre el estatus jurídico de derechos conferido en base a la pertenencia a una comunidad-, se convierten en la herramienta con la que evitar situaciones de vulnerabilidad y posible exclusión en la pretensión teleológica de la consecución de una ciudadanía plena. El resultado es la formación de unos derechos de ciudadanía atribuibles en su titularidad a toda persona miembro de una comunidad -por tanto, humanos y fundamentales- y de ejercicio por los mismos que adquieren el carácter esencial de integradores²¹⁶. Ahora bien, en esta labor de inclusión de concretos sectores vulnerables hacia una posible exclusión, la dimensión social de los anteriores es trascendental para afrontar la promoción de los objetivos de justicia social y redistribución que deben imperar y, en su caso, la protección de los más desfavorecidos desde la cobertura de las necesidades básicas y la procura de las condiciones existenciales más primordiales para la consecución de una

enmarcada en el proceso de construcción y vigencia del Estado Social y una ciudadanía civil y política sustentada en una dimensión jurídica formal y contextualizada en el Estado de Derecho, BARCELLONA, P., “Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social”, en *Problemas de legitimación en el Estado Social*, AA. VV., OLIVAS, E. (dir.), cit., p. 31.

²¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p. 157.

²¹⁵ AÑÓN, M. J., “Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, cit., p. 1.

²¹⁶ Una integración y/o inclusión que aparece hoy en día en el contexto del discurso proactivo de la ciudadanía teniendo uno de sus ejes principales en la política inclusiva y de acomodación de la ciudadanía, frente al discurso reactivo de la misma -una versión moderna de populismo-, *vid.*, ZAPATA-BARRERO, R., “La retórica de la ciudadanía y la inmigración”, *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 177, 2007, pp. 32-37.

igualdad sustancial. Sólo desde estos postulados mínimos se estaría promoviendo un sentimiento de comunidad, de pertenencia y de inclusión a y en la misma.

Análogamente, esta dimensión de integración sería simplemente formal y no material si no se atendiese a la dinámica de participación que lleva aparejada explícita e implícitamente esta ciudadanía social con la que se otorga eficacia plena a los derechos sociales. *A priori*, se ha de concebir que, en la comunidad política en la que se halla la persona, impera una democracia política ya formada, vigente y en marcha con todas sus dimensiones político-jurídicas, con lo que la dimensión social de la misma es la que ha de adquirir relevancia. Es decir, la realidad de una ciudadanía social y su eficacia necesita de una democracia social en la que los miembros de la comunidad den muestras de su inclusión y participen activamente -bien individualmente o a través de entidades o sujetos de representación de sus intereses- en la vida societaria político-jurídica mostrando sus necesidades, carencias y solicitudes, siendo atendidas éstas en la medida de las posibilidades por el poder público a través de unos derechos subjetivos fundamentales sociales y/o, en su caso, mediante una legislación social –que se ha de concretar en una definida política del mismo carácter- en aras del progreso y desarrollo social, que tendrá un carácter irreversible y constante en su avance²¹⁷.

Esto es el paradigma del ejercicio de profundización en la democracia social, pues la persona se constituye en participe y toma parte en las dimensiones técnicas político-jurídicas de la misma²¹⁸. El resultado es la formación de una ciudadanía netamente participativa y activa, en la que los derechos sociales -como derechos de desmercantilización en su sentido político y en conexión con los restantes derechos humanos- originan una ciudadanía social que va a permitir que, desde el estatus otorgado por los mismos a cada persona se expresen, manifiesten y pongan de relieve sus pretensiones y expectativas frente al poder público para la obtención del conjunto de

²¹⁷ Respecto al mismo, también se matiza que el modelo de desarrollo progresivo al que dan lugar, estará condicionado por las posibilidades del Estado parte, CALVO GARCÍA, M., “La implementación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, AA. VV., ZAPATERO, V., GARRIDO GÓMEZ, M^a I., (eds.), cit., p. 209. Asimismo, en esta dirección, se ha argumentado y defendido que, desde esta perspectiva, la ciudadanía supone una mayor participación y control de los ciudadanos sobre los procesos políticos y el sistema económico, MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p. 173.

²¹⁸ En este sentido, *vid.*, BÁÑEZ TELLO, T., “Ciudadanía y participación”, en *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, AA. VV., BERNUZ BENEÍTEZ, M^a J. y SUSÍN BETRÁN, R. (coord.), cit., pp. 97-111.

garantías de seguridad necesarias y la dotación de contenido de dignidad a su propia existencia individual²¹⁹.

A partir de estos postulados, se pone de relieve la estrecha relación directa existente entre inclusión, participación y satisfacción de derechos para la ciudadanía social. Es así porque el nexo de unión entre las tres dimensiones requiere un modelo de Estado social procurador de bienestar, a través de los derechos sociales, para garantizar unas condiciones existenciales dignas mediante unas políticas sociales que los hagan eficaces y reales para las personas incluidas poseedoras de un sentimiento de pertenencia a la comunidad política en la que se encuentran y en la que rija una ciudadanía social que tenga en cuenta los sujetos y sus posibilidades reales de decidir y disfrutar de los derechos.

De esta manera, los valores de la justicia social, de la solidaridad y de la equidad como criterios distributivos en el marco de este modelo estatal, adquirirían su significado más auténtico y genuino, no sólo como inspiradores de la ciudadanía social en su sentido formal –quedaría en simple aspiración e ilusión–, sino plasmados materialmente en el carácter sustancial fundamental que poseen los derechos sociales y en los mismos derechos sociales fundamentales en sentido estricto con las técnicas garantistas jurisdiccionales y sociales correspondientes al respecto. La ciudadanía social, de esta forma, no quedaría en mera retórica y aporía y sí sería eficaz para los derechos sociales desde la perspectiva jurídico-política formal y material. Éste es el modelo de ciudadanía que trascendentalmente aporta el Estado social.

²¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p. 159. AÑÓN, M^a J., “El test de la inclusión: los derechos sociales”, en *Trabajo, Derechos Sociales y Globalización. Algunos retos para el Siglo XXI*, AA. VV., ANTÓN, A. (coord.), cit., p. 152. Esta concepción activa y participativa de la ciudadanía social con sus implicaciones más destacables es contraria y lucha contra la propia individualización y mercantilización de la ciudadanía y la creación resultante de un ciudadano receptor pasivo de bienes y servicios de la Administración, los cuales se encuentran institucionalizados a través de derechos constitutivos del estatuto del ciudadano. Desde ésta última perspectiva, *vid.*, GARCÍA INDA, A., “Ciudadanía y cultura de los derechos: el ciudadano consumidor”, en *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, AA. VV., BERNUZ BENEÍTEZ, M^a J. y SUSÍN BETRÁN, R. (coord.), cit., pp. 59-74.

4.- EL MARCO POLÍTICO-JURÍDICO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL ESTADO SOCIAL Y LA POLÍTICA SOCIAL

Desde una perspectiva político-jurídica, la plena efectividad de la definición técnico-jurídica de los derechos sociales -así como la superación sustancial y jurídica de las aporías que se les vienen atribuyendo- adquiere plenitud de sentido en el marco del Estado social y de la política de acción de idéntico carácter que ha de desarrollar y poner en marcha éste.

4.1.- EL ESTADO SOCIAL Y LA POLÍTICA DE EVOLUCIÓN HACIA UN ESTADO SOCIAL DEL BIENESTAR: SIGNIFICACIÓN E IMPLICACIONES

El paso del modelo de Estado liberal al modelo de Estado social acaecido en la historia con origen en las luchas y reivindicaciones obreras frente al rol que debía de desempeñar la entidad estatal y la importancia que en ello tuvieron los derechos sociales en el marco del nuevo paradigma del Derecho Social, no fue tajante ni supresor del último sobre el primero. Muy al contrario, la aparición y formación del Estado social²²⁰ es una evolución del y sobre el Estado liberal, fruto de un conjunto de reformas sociales que se fueron sucediendo paulatinamente atendiendo a las demandas, solicitudes y necesidades de las personas –principalmente más vulnerables, oprimidas y excluidas-²²¹. Mediante ellas se reconceptualizan, revisan y se dotan de nuevo contenido a los principios y valores inspiradores del primero. Pero es que además, gracias a la misma,

²²⁰ El creador de esta expresión, denominación e implicaciones originarias fue el alemán Lorenz VON STEIN, para quien el Estado social fue un estado iniciador de una reforma a fin de la mejora de la calidad de vida de las clases bajas, evitando así el proceso de las clases buscadoras del ascenso social. *Vid.*, al respecto, VON STEIN, L., *Movimientos sociales y monarquía*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

²²¹ En este sentido, se ha apuntado que el Estado social comenzó a darle al trabajador un nuevo estatus político y social para desarrollar su propia personalidad, MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, cit., p. 211. Desde una perspectiva histórica e ilustrativa del origen y evolución del Estado social hasta los años setenta del siglo pasado, *vid.*, RUBIO LARA, M^a J., *La formación del Estado Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

estado y sociedad dejaron de ser realidades separadas y paralelas para pasar a interrelacionarse y ambos adquirir un papel activo en una nueva dinámica de relaciones complejas y de estructuración social, económica y política de la sociedad por el Estado. Es clave en ello la inspiración en la lógica de la distribución, redistribución, participación e inclusión fruto de la nueva dotación de contenido material a la libertad y a la igualdad, aseguradoras a la vez de unas condiciones existenciales dignas²²². De este modo, el objetivo es la persecución y consecución de una igualdad sustancial teniendo como referente una coestión social, política y económica en, desde, por y hacia la comunidad, resultado de la nueva configuración de las relaciones sociales. Éste es el marco constitutivo de la eficacia de los derechos sociales de ciudadanía.

En este sentido, el Estado social se configura como un modelo gestor e interviniente con una pretensión redistribuidora de la riqueza, actuando en *pro* de la corrección de las desigualdades sociales con base en el presupuesto de la autodeterminación de los individuos. Su punto de partida apriorístico, por tanto, es la obligación de los poderes públicos de intervenir compensando intereses en aras de la conversión y transformación de la igualdad jurídico-política asegurada por el Estado de derecho en una igualdad social, no resultando así automáticamente el bien común de la libre concurrencia de las fuerzas sociales y de los individuos²²³. De este modo es como el Estado organiza la actividad económica y social, planifica y participa en determinados sectores de la vida política, económica y social de la comunidad. La máxima expresión -y más característica a su vez- de esta actuación -siendo un elemento constitutivo del mismo- está reflejada en los derechos sociales de ciudadanía, pues obligan al Estado a actuar a favor de la protección de todas las personas defendiendo su integración, inclusión y participación desde la defensa ética de una justicia social

²²² GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1996, pp. 25-26. Esta nota característica originó que un sector de la doctrina constitucionalista alemana responsabilizase al Estado social de la denominada *procura existencial*, FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, *passim*.

²²³ GARRIDO GÓMEZ, M^a I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 105. AGUDO ZAMORA, M., *Estado social y felicidad. La exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo actual*, cit., p. 46. De dicha concepción previa, se deduce y argumenta, además, su función reguladora decisiva sobre el sistema social, estructurando la realidad con medidas directas e indirectas, GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, cit., p. 23. En este sentido, se ha manifestado que el Derecho Social y del Trabajo no puede devenir en un simple Derecho igualador de las condiciones de concurrencia, MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, cit., p. 225.

distributiva²²⁴. Con ello, tal y como puso de manifiesto el jurista clásico alemán Gustav RADBRUCH, acontece una imposición del pensamiento social de igualdad sobre el pensamiento liberal de la igualdad, así como el cambio de la justicia conmutativa de éste último por la justicia distributiva de la primera, al mismo tiempo que se presupone, como resultado, el predominio de una entidad por encima de los individuos, el Estado, en vez de la supremacía de la autodefensa individual²²⁵.

Paralelamente, al igual que con la aludida continuidad existente entre Estado liberal y Estado social, existe una evolución histórica semejante entre Estado de Derecho y Estado social. Esta concepción es la propia superación de los postulados defendidos por un sector de la doctrina constitucionalista alemana –encabezada por FORSTHOFF–, en base a los que se propugnaba una nítida contraposición entre un Estado de Derecho claramente identificado con las libertades propias del sistema liberal y un Estado social de prestaciones referido al sentido propio del Estado social, siendo ambas realidades distintas e incompatibles sobre la base de que éste último debía ser obra de la legislación y de la administración frente al primero y su plasmación constitucional²²⁶. A *sensu contrario*, partiendo de la existencia y concepciones de un tronco común como es el Estado de derecho y la igualdad jurídico-política que propugna, se debe de distinguir entre un Estado liberal de derecho –identificado plenamente con la significación político-jurídica del Estado liberal– y un Estado social de Derecho en cuanto adaptación del anterior a las nuevas implicaciones y significaciones atribuidas al estado desde el

²²⁴ En este sentido, se argumenta que la propia definición del Estado social se mueve en la estrategia de los derechos de ciudadanía o en la estrategia de ciudadanía, BARCELLONA, P., “Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social”, en *Problemas de legitimación en el Estado Social*, AA. VV., OLIVAS, E. (dir.), cit., p. 29. Asimismo, fruto de estas pretensiones, se defiende que este modelo de Estado social se deriva de la pregunta por los cometidos de la comunidad y el fomento del bien común, RITTER, G. A., *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 17.

²²⁵ RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, con estudio preliminar “La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política” de MONEREO PÉREZ, J. L., cit., pp. 162-163.

²²⁶ FORSTHOFF, E., “Problemas constitucionales del Estado Social”, en *El Estado Social*, ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., cit., pp. 43-67. Una exposición ilustrativa de esta discusión doctrinal sobre la compatibilidad entre Estado social y Estado de derecho se puede ver en GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 40-45; TORRES DEL MORAL, A., “El Estado social”, *Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 9, 2011, pp. 35-40. Una opinión más crítica con estos postulados –desde la propia doctrina alemana– es la vertida por el jurista y politólogo KIRCHHEIMER, O., *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, con estudio preliminar “Estado y democracia en Otto Kirchheimer” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2001. En clara referencia a esta contraposición, *vid.*, del estudio preliminar, las pp. CLXI-CLXXXV.

paradigma del Derecho Social y desde los derechos sociales mismos²²⁷. El contenido material y sustancial de este modelo -y de dichos derechos-, es lo que requiere de su reflejo y plasmación en una norma constitucional, dando así origen al constitucionalismo social. Se cubre así la necesidad propia de un Estado social de Derecho²²⁸.

En este sentido, como ya se ha apuntado, un aspecto imprescindible para la eficacia de los derechos sociales en el contexto del Estado social se produjo con el denominado constitucionalismo social: el progresivo reconocimiento e inclusión de los derechos sociales en la parte dogmática de las diferentes Constituciones estatales, cuya aprobación se fue sucediendo en el seno del nuevo modelo de Estado social desde comienzos del siglo pasado: la Constitución mejicana de Querétaro de 1917, la alemana de Weimar de 1919 y la española de 1931, entre otras²²⁹. Es decir, los derechos sociales se conformaron constitucionalmente en cuanto contrapeso a los derechos fundamentales civiles y políticos como auténticos derechos subjetivos de la persona o, en su caso, como derechos necesitados para su desarrollo y vigencia de un conjunto de acciones político-jurídicas dotadoras de contenido y significación propia desde la intervención legítima inherente a los objetivos y razón de ser del nuevo modelo estatal. Pero es que, adicionalmente, junto a este reconocimiento, fue básica la introducción constitucional de la cláusula en virtud de la que se fijaba claramente –a pesar de las distintas expresiones en su formalización- la vigencia del modelo de Estado social de Derecho²³⁰.

²²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p.118.

²²⁸ Esta forma expresa de denominación y concepción de este modelo estatal se debe al austriaco Hermann HELLER, uno de los más grandes juristas y constitucionalistas del Siglo XX. Este autor destaca sobre todo la función social del modelo, pues lo concibe como *la extensión del pensamiento del Estado de Derecho material al orden del trabajo y de los bienes y la sumisión de la economía a las leyes bajo el Estado de Derecho en cuanto sometimiento de los medios a los fines de la vida*, vid., HELLER, H., *Escritos políticos*, Alianza editorial, Madrid, 1985, pp. 290, 299 y 301. En el mismo sentido, vid., IBÍDEM, *Teoría del Estado*, con estudio preliminar “La teoría político-jurídica de Herman Heller” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2004, *passim*. Igualmente, profundizando y analizando la concepción advertida, MONEREO PÉREZ, J. L., *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Herman Heller*, El Viejo Topo, Madrid, 2009, pp. 67-79

²²⁹ Vid., en este sentido, PÉREZ AYALA, A., “Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva histórico-comparativa”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, AA. VV., GARCÍA HERRERA, M. A. (dir.), cit., pp. 333-371. PISARELLO, G., “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 2001.

²³⁰ Este hecho –la cláusula del Estado Social- constituye la legitimación sustancial o material introducida por el Constitucionalismo social, MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p.119.

El resultado es un Estado que presenta una definida sujeción a la ley legítimamente establecida en relación al texto y práctica constitucional, que ha de concordar con el conjunto de preceptos sociales reconocidos constitucionalmente como normativos de unos valores que son propios a la finalidad del Estado social, fundamentando así su legalidad²³¹. Se manifiesta, por tanto, la necesidad de una Constitución normativa fundamental como requisito del Estado social de derecho.

Ahora bien, tampoco se ha de olvidar que este Estado social de Derecho está suponiendo implícitamente un hecho de gran calado en el marco de los sistemas políticos: el mandato constitucional del paso de una democracia política a una democracia social. Es decir, la participación del conjunto de las personas incluidas en la comunidad política fruto de la nueva interrelación entre estado y sociedad. Los miembros de la comunidad, o en su caso las entidades y organizaciones que les representen, activamente han de manifestar sus intereses de un modo formal para que se constituya una voluntad general recogedora de la más absoluta de las diversidades y posibles minorías heterogéneas incluidas en la sociedad para que éstas estén presentes en la formulación del conjunto de acciones y políticas distributivas, redistributivas e igualadoras materialmente en aras del progreso y desarrollo social, contrarrestándose así la posible actitud pasiva receptora de bienes y servicios²³². De este modo, queda

²³¹ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, cit., p. 64. Sobre el concepto de legalidad y legitimidad, *vid.*, la obra clásica de SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, con estudio preliminar “La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt” de MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C., Comares, Granada, 2006, *passim*.

²³² GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, cit., pp. 30 y 48. Asimismo, esta democracia social introducida en virtud de la Constitución social, constituye la propia legitimación formal del Estado social: el poder *a través* del pueblo y el poder *para* el pueblo, RITTER, G. A., *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, cit., p. 26. En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p.119. Sin embargo, esta dimensión participativa que implica la democracia social en el seno del Estado social de derecho, es criticada por un sector por ser forzada en cuanto puede llevar implícita una contradicción interna entre la limitación que supone el garantismo jurisdiccional propio del Estado de derecho y la participación e intervención inherente al garantismo social, *vid.*, OLIVAS, E., “Problemas de legitimación en el Estado social”, en *Problemas de legitimación en el Estado social*, AA. VV., OLIVAS, E., (dir.), cit. pp. 12-13. Por otro lado, también se ha señalado que la última meta del Estado de derecho democrático y social –en suma, de un Estado en el que impera una democracia social- es la transformación global de la sociedad, ABENDROTH, W., “El Estado del Derecho Democrático y Social como proyecto político”, en *El Estado Social*, ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., cit., p. 40. En este sentido, también se ha defendido que la fórmula completa originada –Estado social y democrático de derecho- dio lugar al proceso de democratización, socialización y normativización del Derecho Constitucional, POSADA, A., *La crisis del Estado y el Derecho Político*, C. Bermejo Impresor, Madrid, 1934, pp. 32 y 59-61.

completada la fórmula del Estado social y democrático de Derecho en cuanto expresión más auténtica y genuina significadora del conjunto de la acción estatal sobre la sociedad, con unos fines netamente sociales a través de procedimientos democráticos para la realización de los mismos –en base a los cuales a su vez se ven plasmados los principios democráticos-, siendo todo sometido al Derecho desde la propia Constitución²³³.

Por otro lado, pero muy en conexión, la doctrina más consolidada estudiosa de este modelo estatal y defensora del mismo –así como con mayor ahínco sus detractores- viene poniendo de manifiesto su crisis. Es la ya tradicional alusión a la crisis del Estado social²³⁴. Este fenómeno no se ha de interpretar como la imposibilidad de la acción estatal en el cumplimiento de los fines propios al modelo social de Estado –mermándose así la eficacia de los derechos sociales en términos de su menor reconocimiento- por el recorte y descenso de las partidas económico-sociales destinadas a ello, frente al progresivo aumento de complejidad de las relaciones propias entre Estado y sociedad. Muy al contrario, se tiene que comprender más en términos políticos que sociales, económicos y jurídicos. Es decir, como la ausencia de respuesta adecuada al nivel de exigencia propio del desarrollo y consolidación cada vez mayor del Estado social y su deber de cubrir condiciones existenciales cada vez más dignas, complejas y elevadas materialmente, frente a nuevas y más exigentes demandas, situaciones y desafíos en el marco de un constante progreso, desarrollo y evolución social, desbordante en determinadas ocasiones de la acción inmediata estatal requerida, como pueden ser los

²³³ Un ejemplo paradigmático se produce cuando en la vigente Constitución española de 1978 se establece en su artículo 1.1. que *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*. Un comentario del significado e implicaciones concretas del mismo para el Estado español es el realizado por BALAGUER CALLEJÓN, F., “El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 89-113.

²³⁴ Representativamente, sobre la misma, *vid.*, entre otros, DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986; IBÍDEM, “La crisis del Estado social”, en *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma Andaluza*, AA. VV., CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J. (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 13-29; DOGLIANI, M., “Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, AA. VV., GARCÍA HERRERA, M. A. (dir.), cit. pp. 687-700; MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, cit., pp. 218-227; MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., pp. 48-58.

fenómenos de exclusión ligados a nuevas formas de pobreza y marginación social, los cambios estructurales producidos en el interior de las sociedades por la inmigración extranjera, el desempleo inicial y/o de larga duración, etc. Sólo desde la vigencia de este modelo, en conexión con su reconocimiento constitucional en forma de cláusula de Estado social y democrático de Derecho con los valores, fines y objetivos propios que ello implica y la facilitación de la efectividad misma de los derechos sociales que posibilita, se está en condiciones de ir progresiva y decididamente valorando, atendiendo y cubriendo, desde una dimensión técnica político-jurídica, las nuevas necesidades sociales básicas que vayan surgiendo en el entorno social cambiante de progreso en el que se ubica la comunidad política de referencia.

En esta dirección, la reafirmación del Estado social frente a los argumentos de su crisis debe de ser netamente de acción. Una acción desmercantilizadora más intensa y extensa en aras de sus fines claramente tendente, en consonancia, a la búsqueda del máximo bienestar social posible y su perfeccionamiento atendiendo a las nuevas demandas planteadas desde la sociedad. Así, el camino debido es la evolución hacia un Estado social del bienestar –*welfare state*– como estadio evolutivo posterior y de perfeccionamiento técnico, político y jurídico del primero, que vaya cubriendo posibles fracturas internas a la sociedad en relación a los procesos de protección, distribución, redistribución e igualación sustancial. La finalidad y orientación, por tanto, de la nueva configuración que debe presidir este modelo estatal, es la maximización del bienestar social de la comunidad, entendido omnicomprendivamente desde una perspectiva evolutiva y protectora de las nuevas necesidades que vayan surgiendo a través de un nuevo énfasis e impulso en las tareas sociales del Estado mediante el conjunto de políticas intensas, desmercantilizadoras y expansivas necesarias para ello de idéntico carácter²³⁵.

²³⁵ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, cit., p. 14; RITTER, G. A., *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, cit., p. 19. MONEREO PÉREZ, J. L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, cit., pp. 169 y ss. En conexión con ello se encuentra el pensamiento de Henry GEORGE, para quien el progreso material no supone un progreso de todos los individuos de la sociedad y, por ende, la sola consideración del crecimiento económico para el progreso es un mito. En este sentido llega a la conclusión de que el problema de la miseria humana se debe a una cuestión de distribución, entendiéndola como una mala organización de la sociedad sobre los presupuestos de la propiedad privada. *Vid.*, al respecto, GEORGE, H., *Progreso y miseria*, con estudio preliminar “Economía política de la desigualdad: progreso y miseria en Henry George” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2008, pp. 9-17 y 69-107.

Para éstas últimas no sólo va a ser clave el mantenimiento de la libertad e igualdad formal, sino lo que es más importante, una correlativa y progresiva expansión e institucionalización de los propios derechos sociales como herramienta para su efectividad en el marco de esta versión teleológica del modelo estatal citado. De este modo, desde una justicia social distributiva y redistributiva puesta en marcha por la acción estatal a través de sus políticas, se estará colmando de unas condiciones existenciales, adecuadas al momento temporal de progreso, a los integrantes de la comunidad política –en su proyección universalista- y de contenido material no sólo a las libertades y a la igualdad, sino también a nuevos valores como la solidaridad, haciendo posible así el bienestar social.

Para ello, la acción estatal se ha de realizar mediante una política social con una particularidad muy concreta: se debe de entender como una expansión real y efectiva de los derechos sociales en el marco del Estado social democrático de Derecho. Así, desde los postulados defendidos e implícitos a esta cláusula quedan institucionalizados jurídica y políticamente los mismos, implicando una continua reforma social en la que han de participar, integrarse e incluirse la totalidad de los sectores de la comunidad –o representantes de sus intereses- en continua interacción con el poder público para la atención a sus necesidades más actuales, evolucionadas y básicas ubicadas en nuevos ámbitos del bienestar social; siendo a su vez –como ya se analizó- garantía de efectividad jurídica de los derechos sociales con el denominado garantismo social. Pero es que, adicionalmente, no se ha de obviar, como se puede deducir, la idea-fuerza de que la misma es un elemento trascendental en el momento del refuerzo de una ciudadanía –social ante todo- en su dimensión integradora básica para el Estado social del bienestar²³⁶.

La plena efectividad de este marco político-jurídico, con su sentido y alcance inherentes, sólo puede acontecer desde una concepción desarrollista o institucional del Estado social del bienestar. Atendiendo a la misma y a todas las notas definidoras implícitas ya manifestadas, es el propio Estado el que ha de procurar principalmente el

²³⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., “Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo”, cit., pp. 247 y ss. Sobre las implicaciones propias del Estado de bienestar en el sentido expuesto así como en relación con la política social, *vid.*, OCHANDO CLARAMUNT, C., *El Estado del bienestar*, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 27-51. Desde una perspectiva político-jurídica y aglutinando las distintas concepciones de este Estado del bienestar atendiendo a criterios ideológicos y económicos, *vid.*, PICÓ, J., *Teorías sobre el Estado del bienestar*, Siglo XXI, Madrid, 1987.

bienestar social adecuado a la comunidad, en estrecha colaboración con otros agentes de previsión del mismo -como el mercado y la familia-, en un sentido de colaboración para su organización y no de sustitución de aquél. Para ello, la acción del poder público en aras de la consecución del objetivo de la igualdad material, se dirige a toda la sociedad sin exclusión alguna, para que los miembros de la misma se autorrealicen y tengan capacidad autónoma²³⁷.

Es entonces cuando se está en condiciones de afirmar la realización del auténtico y más profundo y desarrollado sentido del bienestar social, expresado en un modelo de Estado que: fruto de la evolución histórica se fundamenta en un pacto social-liberal, se caracteriza por el elevado grado de compromiso del poder público respecto a la provisión del bienestar de la comunidad, se define por la intensidad y refuerzo de la intervención del Estado en la política social, por la creación de bases institucionales para la participación, diálogo y negociación entre las fuerzas sociales y, en estrecha relación con esto último, la posible aspiración -resultado de una máxima redistribución, protección existencial y reconducción del conflicto social- a la instauración de un salario social²³⁸. De esta manera, sólo este modelo y concepción estatal debe de ser el

²³⁷ Así ha sido denominado conceptualmente y definido este modelo estatal por MONEREO PÉREZ, J. L., “La política social en el Estado del bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización”, cit., pp. 15-16; IBÍDEM, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 30-32; IBÍDEM, “El derecho a la Seguridad Social”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1475-1476. Frente al mismo, este autor ha situado la concepción residual del Estado social del bienestar, en la que el bienestar social se ha constituye en una función marginal del Estado, con lo que se asienta el sistema protector en unas técnicas de ayuda no universales. Idéntica distinción, pero de un modo más breve, la realiza OCHANDO CLARAMUNT, C., *El Estado del bienestar*, cit., pp. 69-75. También clasifica éste último los modelos de bienestar según el grado de corporatismo –modelos pluralista e integrado- o según el criterio político –modelos de bienestar propios del estado liberal, del estado corporatista y del estado socialdemócrata-. Para ello, *vid.* las pp. 75-90. Esta última distinción atendiendo al criterio político es original de ESPING-ANDERSEN, G., *Fundamentos sociales de las economías posindustriales*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 101-132. Incluso, se plantea y propone la existencia de tres regímenes más: el cuarto mundo de las Antípodas, el cuarto mundo del Mediterráneo y el cuarto mundo de Asia oriental. Desde la misma óptica político-ideológica, *vid.*, MISHRA, R., *El Estado de bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, 1992. Por otra parte, no faltan los intentos de la búsqueda de una nueva clasificación atendiendo a la disponibilidad de las personas individuales a contribuir al bienestar de los demás miembros de la comunidad con fundamento en la solidaridad, tal y como lo ha manifestado OFFE. Sobre el mismo, *vid.*, OFFE, C., *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1990. Desde una perspectiva comparada y recogiendo las distintas propuestas doctrinales y analíticas, FERRERA, M., “I mondi del benessere e la loro classificazione” en *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Il mulino, Bolonia, 1993, pp. 63-102.

²³⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 24 y ss.; OCHANDO CLARAMUNT, C., *El Estado del bienestar*, cit., pp. 36 y ss.

auténtico marco y modelo político-jurídico para la plena efectividad de los derechos sociales de ciudadanía en su máximo esplendor y significación más propia.

4.2.- LA ACCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO SOCIAL: LA POLÍTICA SOCIAL COMO MEDIO DE REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES. SU CONCEPTUALIZACIÓN

En el marco del Estado social y democrático de Derecho posee una relevancia destacada y específica la política social desarrollada por el poder público, a fin de hacer eficaces plenamente tanto las pretensiones del primero como los derechos sociales. Ésta se conforma siempre partiendo de la realidad social existente y tiende, en todo caso, hacia aquello que debería de ser en la cobertura de nuevas necesidades humanas básicas manifestadas –el ideal máximo teleológico a alcanzar-, así como a una más y mejor garantía de las condiciones materiales existenciales de los miembros de la comunidad política. Éstos, fruto de la interrelación que mantienen no sólo entre ellos, sino también con el Estado de un modo individual o mediante las fuerzas y/o instituciones sociales correspondientes intermediarias, las han hecho patentes como muestra de su inclusión y participación –ciudadanía activa y participativa-.

Explícita e implícitamente, de esta forma, esta política en su sola significación, indica una acción decidida no exclusivamente sobre los medios para alcanzar el fin, sino a la misma vez sobre los mismos y propios fines, implicando por tanto transformación. Ésta, si acontece en el marco del Estado social y los derechos sociales tienen la eficacia debida, necesariamente ha de llevar aparejada el adjetivo social, haciendo así referencia al conjunto de reformas del mismo carácter que se han de ir sucediendo progresivamente en el tiempo atendiendo a las nuevas demandas sociales de una manera constante y firme²³⁹. Remite así la política social a la totalidad de los mecanismos o pautas institucionalizados por los poderes públicos -en forma de acciones y principios-determinadores de una distribución justa del bienestar de los miembros de la sociedad

²³⁹ Un clásico exponente del reformismo social a través de la política social fue SCHMOLLER, G., *Política social y economía política*, cit., pp. 83-104. Desde esta perspectiva, exponiendo el malestar del Estado social y el reconocimiento de las necesidades, ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 83-87.

por vía política²⁴⁰. Es en esta acción distributiva, redistributiva e igualadora materialmente -desde idéntica significación de los valores de la igualdad y la libertad- cuando los derechos sociales se convierten en esenciales en la concepción efectiva y real de la misma en el seno del paradigma del Estado y del constitucionalismo social.

En el supuesto en el que los derechos sociales queden fijados y reconocidos constitucionalmente en la parte dogmática de la norma como derechos sociales fundamentales, la acción de política social que el Estado canalice a través de ellos y su desarrollo legislativo estará asegurada, garantizada y protegida formalmente en su sentido jurídico y político por su configuración técnico-jurídica específica y superior. La política social se muestra así al ciudadano como un elenco de derechos subjetivos de carácter social investidos con el rango de fundamental –en su sentido jurídico más puro y formal- inalienable e imprescriptible atribuidos tanto en titularidad como en ejercicio a los miembros de la comunidad política en cuanto personas sociales²⁴¹. Desde este nivel máximo protector otorgado y conseguido, la política social no debe ser concebida como estática y conclusa, sino totalmente dinámica y maximizadora en su sentido más auténtico de progreso, desarrollo y reforma social en aras de la protección del nivel y condiciones materiales de vida digna de la comunidad lo más elevadas posible, tratando de proporcionar y facilitar en todo caso un bienestar social a sus miembros.

Por su parte, los derechos sociales –como ya se puso de manifiesto- también pueden venir recogidos constitucionalmente en forma de principios rectores programáticos de la política social necesitados de su desarrollo legislativo posterior y, por ende, con mayor significación político-jurídica. El verdadero sentido y alcance de los mismos, en este caso, se ha de entender partiendo de la premisa antes explicitada: la expansión real y efectiva de los derechos sociales en el marco del Estado social y democrático de Derecho. La implicación de este modelo es netamente de evolución en su sentido material y formal. Formal porque legislativamente se ha de dar contenido legal a la política social -desde unas directrices y principios marcados

²⁴⁰ Concepciones análogas, MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p. 18; GARRIDO GÓMEZ, M^a I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 111.

²⁴¹ En este sentido, *vid.*, la clásica obra de GINER DE LOS RÍOS, F., *La persona social. Estudios y fragmentos*, con estudio preliminar “El organicismo social de Giner de los Ríos” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2008.

constitucionalmente- para hacerla plenamente efectiva, dando así respuesta a las demandas sociales de cobertura de necesidades y de bienestar social, creando incluso nuevos derechos subjetivos. En ello, adicionalmente, desempeña un papel decisivo la coordinación que exista entre los diferentes niveles de descentralización política-jurídica atendiendo a la distinta descentralización político-territorial. De la misma, en su forma adecuada, va a depender en parte la plenitud de la efectividad y materialización de servicios, prestaciones y derechos sociales consecuentes, sintiendo los miembros de la comunidad, como resultado, más o menos cercano su posibilidad de disfrute y protección. Y, materialmente, porque se constituye en expresión máxima de un compromiso sociopolítico constitucionalmente manifestado por el que se debe tender a una distribución, redistribución y consecución de una igualdad material en aras de la igualdad social como meta última a conseguir; donde ésta última va a significar genuinamente una acción firme estatal –con posibilidad de ser dotada de carácter positivo- fundamentada en la propia distribución y redistribución por la que van a quedar organizados, enriquecidos y completados en su sentido técnico-jurídico y de contenido los derechos sociales de la ciudadanía.

Ahora bien, en el marco de un Estado social del bienestar institucional o desarrollista como estadio evolutivo posterior de la consolidación del Estado social, esta política social no sólo ha de desarrollar su acción como se ha analizado, sino que ha de dar un paso al frente igual en su evolución y concebirse como una política social del bienestar claramente activa y desmercantilizadora, en la que la acción estatal ha de ser resultado de un intercambio político-jurídico de carácter formal en la pretensión decidida de la maximización del bienestar social de la comunidad política. Se puede denominar, por tanto, como una política social institucional redistributiva: la acción del poder público en la materialización del bienestar social se constituye en una institución clave de la sociedad proveyendo un conjunto de prestaciones sociales universales con independencia al mercado sobre la base de la cobertura de necesidades básicas cada vez más complejas y completas²⁴², a la vez que sirvan como herramientas con las que hacer frente a posibles situaciones deshumanizadoras del mundo de la vida.

²⁴² Un modelo definido agudamente por TITMUS, R., *Política social*, Ariel, Barcelona, 1981. Asimismo, este autor distingue otros dos modelos de política social: el residual –la política social del Estado actúa cubriendo necesidades sólo cuando las instituciones de la familia y el mercado entran en crisis- y el basado en el logro personal-resultado laboral –la política social del Estado y las instituciones

Sólo desde esta concepción se está originando, ante todo, unos derechos sociales de calidad cualitativa y, por supuesto, progresivamente cuantitativa, que tienen como resultado clave el que los miembros de la comunidad política conserven y desenvuelvan su vida político-social con independencia a su participación en el mercado económico; siendo para ello trascendental la totalidad de prestaciones y servicios sociales enmarcados en esta política social con los que se proporciona contenido y respuesta político-jurídica a los propios derechos sociales de ciudadanía. Se conforma, pues, una dimensión esencial de la profundización en la libertad e igualdad real del individuo como condición previa al aseguramiento del disfrute de unos concretos niveles de bienestar social, seguridad individual y participación formal y material en la vida social y colectiva de la comunidad, constituyéndose, de este modo, al mismo tiempo en condición de autorrealización e integración en la misma. Unos aspectos todos ellos que aparecen como cuestión de Derecho Social e impulsores de una igualación omnicompreensiva en su acepción material y formal.

4.3.- LA INTERVENCIÓN NORMATIVA COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA SOCIAL EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL

Independientemente a la configuración técnico-jurídica constitucional con la que aparezcan los derechos sociales recogidos en la Constitución, es clave la intervención normativa realizada por el Estado social no sólo para la ordenación sistemática y eficacia de aquéllos, sino también como respaldo jurídico de la acción de política social.

del bienestar social son concebidas como auxiliares de la economía-, pp. 37-40. Sobre las implicaciones de los mismos y las evoluciones posteriores partiendo de este autor, *vid.*, FERRERA, M., *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, cit., pp. 63 y ss. Especialmente, respecto a la dimensión desmercantilizadora de la política social, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 40-44; IBÍDEM, “La política social en el Estado del bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización”, cit., pp. 20-24; IBÍDEM, “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, cit., pp. 221 y ss. Por su parte, en sentido análogo, GEORGE defiende claramente que para el adecuado funcionamiento de la labor de distribución y redistribución correctora de las situaciones de desigualdad de los individuos se debe de abogar por políticas institucionales partiendo del presupuesto de que la sociedad es un ente cooperativo y el poder gubernamental su gran administrador, GEORGE, H., *Progreso y miseria*, cit., pp. 277-378. Sobre el concepto de progreso social en el marco de la política social, *vid.*, paradigmáticamente, SCHMOLLER, G., *Política social y economía política*, cit., pp. 105-133.

Es así porque, bien mediante ley orgánica o bien mediante ley ordinaria o cualquier otro instrumento normativo de rango jurídico inferior, los derechos sociales y la propia política social adquieren su plenitud. Los primeros porque se extienden cualitativa y cuantitativamente en su proyección universal, tanto en su cobertura y protección a los miembros de la comunidad como de los contenidos cada vez más complejos de la misma en respuesta a nuevas demandas. La segunda -y he aquí la importancia- porque aparece como un conjunto de directrices jurídico-técnicas constitucionalmente expresadas –en unos casos en forma de auténticos derechos subjetivos fundamentales y en otros en forma de principios- resultado de la concepción de un conjunto de valores de carácter y contenido social inspiradores e inherentes del y al propio modelo estatal y constitucionalismo social, los cuales se han de plasmar en la vida política de la propia sociedad.

Es por ello por lo que la intervención normativa del Estado social originadora de una ya consolidada legislación social, con y mediante la política social y para el desarrollo de las anteriores, se constituye en la máxima expresión de la cogestión e interrelación recíproca entre Estado y sociedad. Mediante ésta última, el primero tiene que proporcionar un marco jurídico desde el que el poder público asegurar un bienestar social progresivo y adaptable a las nuevas circunstancias del contexto social y político-jurídico en el que se halle la comunidad. Por tanto, la distribución, redistribución e igualación sustancial o material que pretende conseguir el Estado social y su política posee así su referencia técnico-jurídica, no sólo a modo de marco jurídico al que atenerse –tanto el poder público para el desarrollo de los servicios públicos sociales necesarios como el ciudadano para el que se están creando nuevos derechos subjetivos sociales- sino también como herramienta propia y particular desde la que impulsar su acción para el bienestar social de la comunidad y el sentimiento cercano y seguro jurídicamente del mismo por parte de la persona.

CAPÍTULO II.- EL DERECHO SOCIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES ANTE LA INMIGRACIÓN. LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO-SOCIAL PROTECTOR PARA LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EXTRANJEROS

1.- LA PLURIDIMENSIONALIDAD DE LA INMIGRACIÓN

Los flujos migratorios internacionales han sido, son y serán una constante de la historia de la humanidad²⁴³. Éstos tienen una doble vertiente o posibilidad lógicamente conectada: la emigración y la inmigración, la salida de personas de su país, sociedad y comunidad de origen y la llegada de éstas a otro y otras. Más concretamente, la inmigración, sobre todo en los países desarrollados, tanto social como económica y políticamente, es la que se ha incrementado en los últimos años en los mismos. El resultado ha sido una atención específica y omnicomprensiva a esta cuestión por parte de: el poder político, el ordenamiento jurídico, la sociedad receptora y los organismos internacionales e intergubernamentales. Todos y cada uno de estos operadores dirigen su atención a la misma y a su modo, porque este movimiento de personas entre Estados es consecuencia principal –al margen de otros factores- de la pobreza, la discriminación, la desigualdad social, los conflictos políticos internos, la falta de oportunidades de desarrollo socioeconómico, etc., que encuentran estas personas en sus países de origen.

²⁴³ Monográficamente, CORTI, P., *Storia delle migrazione internazionali*, 2ª ed., Laterza, Bari, 2003, *passim*. Para un sector de la doctrina, en el estudio de las migraciones es clave tener presente el *enfoque biológico*, pues la historia humana es, en gran parte –o se confunde igualmente- con la historia de sus emigraciones, pues siempre han existido en la historia movimientos de población entre zonas, regiones, Estados, países, etc., ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 13-14.

1.1.- DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y REALIDAD INMIGRATORIA: ENTRE EL FENÓMENO Y LA DIMENSIÓN ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD. PERSPECTIVA SOCIOECONÓMICA

Uno de los principales elementos que impulsan la decisión de emigrar -de ejercer el derecho humano reconocido universalmente de toda persona a emigrar- y, consecuentemente, ser inmigrante en otra sociedad y comunidad, es el conjunto de circunstancias socioeconómicas desfavorables que puedan encontrar estas personas en sus lugares de origen. La emigración no es siempre un proceso voluntario, sino más bien está incitado e impulsado por un conjunto de circunstancias sociales y económicas un tanto negativas. En lógica conexión, es clave la elección del país de destino por estas personas en el que ser inmigrante, pues optarán por alguno de aquellos que se hallen más desarrollados socioeconómicamente. En el que elijan, tienen la aspiración de encontrar una actividad laboral en el mercado de trabajo que les permita desarrollar su proyecto vital. En la inmigración, por tanto, el trabajo se configura como medio ante la finalidad de conseguir un nivel de vida más digno que el que dejaron en sus países, sociedades y comunidades de origen.

El factor socioeconómico de la inmigración tiene su base en la exclusión social de personas nacionales de terceros Estados que, no teniendo posibilidades de desarrollo vital y laboral dignas en sus propios países, emigran a otros a la búsqueda de la mejora de las mismas. Esta exclusión, por tanto, se refiere clásicamente a la posible no inserción de estas personas en el mercado laboral²⁴⁴. La mayor o menor estructuralidad y generalización de la exclusión social, del conjunto de procesos, situaciones y mecanismos que afecten directamente a las personas nacionales de dichos países para estar fuera de los márgenes de la participación en la vida social y económica del país, hace que tanto se considere y califique al mismo como de emigración, como categorice a estas personas como inmigrantes que huyen y luchan de y contra la misma²⁴⁵. En este

²⁴⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 17, 2009, p. 1. IBÍDEM, “Empleo y exclusión social”, *Relaciones Laborales*, Vol. I., 2002, pp. 121-124.

²⁴⁵ Sobre el concepto de exclusión social y diferenciación con otros afines, MOLINA HERMOSILLA, O., *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2005, pp. 72-80; CHARRO BAENA, P.,

contexto, el ser inmigrante, al menos inicialmente en sus intenciones, es la salida en búsqueda de mejores oportunidades socioeconómicas y desarrollo personal. Así, la carencia de un empleo digno, de una justicia social y del acceso a los derechos sociales de ciudadanía básicos –salud, educación, etc.- en cuanto derechos humanos fundamentales de la persona, hacen que aparezca como única solución la inmigración.

La carencia de todos estos elementos y oportunidades apuntados es la que relaciona directamente a esta exclusión social –muy en conexión con la inmigración- con los conceptos de pobreza, dualización o fragmentación social. Muestra de ello es la gran cantidad de países considerados como de emigración, por las diferencias socioeconómicas mundiales existentes entre, principalmente, un Hemisferio Norte de países desarrollados y un Hemisferio Sur de países subdesarrollados o en vías de desarrollo socioeconómico. Esta realidad ha propiciado que la llegada de personas – inmigrantes- a los países desarrollados haya sido una constante en los últimos tiempos²⁴⁶. Más concretamente a Europa, a los Estados miembros de la Unión Europea y, muy específicamente, a la frontera sur de la misma, España.

En éste último caso, desde una perspectiva histórica²⁴⁷, hasta la última década del siglo XX la inmigración era un fenómeno. La presencia de personas inmigrantes en la sociedad española era, en cierta medida, testimonial y coyuntural, siendo por tanto calificable de un modo correcto como fenómeno inmigratorio o fenómeno de la

“Exclusión social”, en *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dirs.), AGUILERA IZQUIERDO, R. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 630 y ss. En relación a la exclusión y su carácter multicausal, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social”, cit., pp. 15-17. Atendiendo al carácter económico de la exclusión y su directa relación con la inmigración, ESCOBAR, G., “La exclusión social de los inmigrantes en España: una perspectiva constitucional”, en *II Foro Andaluz de los Derechos Sociales. Pobreza y exclusión*, AA. VV., TEROL BECERRA, M. J. (dir.), Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 57 y ss.

²⁴⁶ En este sentido, PURCALLA BONILLA, M. A., *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 317-320.

²⁴⁷ Un desarrollo breve pero concreto de la historia social reciente de la inmigración en España atendiendo tanto a fases como a lógicas y factores que presiden la progresiva construcción social de la inmigración en nuestro país, *vid.*, CACHÓN RODRÍGUEZ, L., *La <<España inmigrante>>: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*, Anthhropos, Barcelona, 2009, pp. 108-112. CACHÓN RODRÍGUEZ, L. y LAPARRA, M., “Sistema migratorio, mercado de trabajo y régimen de bienestar: el nuevo modelo del sur de Europa”, en *Inmigración y políticas sociales*, AA. VV., CACHÓN, L. y LAPARRA, M. (eds.), Bellaterra, Barcelona, 2009, pp. 41-47. Igualmente, RIUS SANT, X., *El libro de la inmigración en España*, Almuzara, Córdoba, 2007, pp. 17 y ss.

inmigración. España era un país de emigración²⁴⁸ debido al escaso grado de desarrollo económico-social imperante. Sin embargo, en el marco de una aceleración, mundialización y regionalización en la estructura dinámica de las migraciones internacionales, en los últimos años del siglo pasado –desde mediados de la última década, aproximadamente- y los primeros del presente se dio paso en España a: una transformación política –vigencia de la Constitución, consolidación de un Estado democrático, integración en la Unión Europea, políticas sociales avanzadas, etc.-; un desarrollo propio a un Estado social del bienestar; y una prosperidad socioeconómica que ubicó a España en el grupo de los países económicamente más fiables²⁴⁹. Estos elementos confluyeron y desembocaron en el aumento cuantitativo y consolidación de la presencia de personas inmigrantes extranjeras en la sociedad. Personas que elegían a este país como destino. El resultado fue la conversión de España en un país de inmigración.

Pese a la negativa situación económica, actualmente sigue siendo así, pues la inmigración es una realidad social, es una dimensión estructural más de la sociedad y comunidad, con todos sus efectos, consecuencias e implicaciones, tanto cuantitativas como cualitativas. En ello ha incidido y es relevante el número de personas extranjeras que se encuentran en nuestra sociedad y comunidad, así como la proporción que suponen sobre la población total. Una situación y carácter que ha persistido pese a la crisis económico-financiera -internacional- de finales de la primera década del presente

²⁴⁸ Muestra paradigmática de ello es la propia Constitución Española, pues en el artículo 42 se establece que *El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno*. Del mismo, se han de resaltar dos dimensiones: de un lado, el tratarse de una emigración de carácter laboral al hacer referencia expresa a los trabajadores y no al concepto general de emigrados; y, de otro, el encontrar referencia expresa de una categoría concreta de derechos humanos fundamentales, como son los sociales. *Vid.*, un comentario del mismo, de ROJO TORRECILLA, E., “El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1525 y ss. Desde una perspectiva laboral de la emigración española y sobre el estatuto protector de los emigrantes, *vid.*, CHARRO BAENA, P., “Emigración”, en *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dir. y coord.), cit., pp. 580 y ss.

²⁴⁹ Sobre estas transformaciones, DELGADO GODOY, L., “La política de inmigración en España, 1985-2010”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), 4^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 113-116. Para el caso español, atendiendo específicamente a la evolución de la dimensión económica y sus implicaciones, SÁNCHEZ BARRICARTE, J. J., *Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado*, Biblioteca Nueva Universidad, Madrid, 2010, pp. 108-112.

siglo. En ello tiene que ver, principal y esencialmente, el hecho de que España esté incluida entre los considerados desarrollados del Hemisferio Norte del planeta.

Atendiendo a esta realidad, lo formal e ideal en el plano teórico es una inmigración ordenada en donde se beneficie tanto el país receptor como la misma persona inmigrante, al igual que, en la medida de lo posible, el país de origen de ésta. Cuando la persona decide emigrar, se encuentra ante un conjunto de economías pujantes muy desarrolladas que *a priori* parecen idóneas para la búsqueda de trabajo. El acceso al mercado de trabajo parece sencillo y posible. Sin embargo, la realidad dista de ello, tanto social como jurídica y políticamente.

La llegada, presencia e –incluso– salida o retorno de la persona inmigrante extranjera está configurada alrededor de un conjunto de documentos de carácter administrativo. Señaladamente dos: la autorización de trabajo y el permiso de residencia. Particularmente, atendiendo a la lógica jurídico-legal actual imperante y dejando a un lado las situaciones de excepcionalidad –como es el caso por ejemplo de la reagrupación familiar–, si se concede la autorización de trabajo, se concede el permiso de residencia. No a viceversa y más aún atendiendo al nuevo marco competencial definido por los Estatutos de Autonomía, muy significativamente para el caso de Cataluña y Andalucía en relación a su competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo. La autorización de trabajo²⁵⁰ y el estar trabajando –o no– condicionan el permiso de residencia –y su vigencia– de la persona inmigrante. Así pues, la posesión o carencia de las correspondientes autorizaciones administrativas califica la situación de la persona inmigrante como regular o irregular. Pero tan sólo la situación, no la persona ni sus derechos humanos fundamentales: no existen personas regulares y/o irregulares, ni mucho menos legales o ilegales.

Desde la situación administrativa de regularidad, legalmente se fijan un conjunto de opciones y posibilidades de acceder al empleo y mercado de trabajo nacional²⁵¹,

²⁵⁰ Vid., al respecto, CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, Navarra, 2000, *passim*; SEMPERE NAVARRO, A. V., “Los permisos para trabajo de extranjeros (A propósito de una reciente monografía)”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2000, pp. 191 y ss. RUANO ALBERTOS, S., “Las autorizaciones de trabajo de los trabajadores extranjeros no comunitarios”, *Revista Tribuna Social*, núm. 178, 2005. CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 181-252.

²⁵¹ Monográficamente, BALLESTER PASTOR, M^a I., *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006; FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., SERRANO

tanto para si esta persona se encuentra ya en nuestra sociedad y comunidad como para si se encuentra en su país. Paradigmáticamente: arraigo social y laboral, gestión colectiva de contrataciones en origen –clásico contingente anual de trabajadores extranjeros-, situación nacional de empleo, etc. El común denominador de todas estas figuras definidas legalmente es la protección del mercado de trabajo nacional y la consideración de la persona inmigrante como segunda opción, no existiendo una libertad e igualdad de competencia para concurrir ante una misma oferta de trabajo por parte de personas que tienen la misma condición –trabajadoras-²⁵². Su fundamento es la prevalencia de la condición de nacional de un tercer Estado sobre la condición de trabajador. Por más que la finalidad perseguida, única y exclusivamente, sea la ordenación de la inmigración desde la perspectiva exclusiva de su conexión con el empleo, con las necesidades de nuestro mercado de trabajo, hasta el punto de condicionarse y sujetarse administrativamente la entrada, permanencia y retorno de personas inmigrantes a la capacidad de acogida del mercado de trabajo. Precisamente, este propósito es el que intentó mejorar y recalcar la Ley Orgánica 2/2009, de 11 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.

Sin embargo, estas intenciones jurídico-legales se encuentran en cierta medida alejadas de la realidad más cercana. Y es que nuestro mercado de trabajo presenta una clara segmentación entre una población trabajadora cualificada y no cualificada, teniendo mayor peso ésta última. Es el mercado de trabajo segmentado no cualificado precisamente el que actúa como principal foco de atracción para las personas inmigrantes, pues necesita de un mayor volumen de mano de obra para la realización de trabajos que no se encuentran bien remunerados, con peores condiciones laborales, etc. Se constituyen y conforman auténticos nichos laborales en los que se ocupa muy especialmente a la población inmigrante, identificando y asociándose a ésta

VILLAMANTA, J. y CARDENAL CARRO, M., “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), 4ª ed., cit., pp. 444-473. SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Comares, Granada, 2009, pp. 313-338.

²⁵² Se ha defendido, al respecto, que en el ámbito de la economía global y en un contexto de economías estatales competitivas, se contribuye a fabricar un enemigo exterior –los inmigrantes extranjeros- que impiden un avance del nosotros solidario, MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, cit., pp. 230-231.

determinadas y concretas actividades laborales en diferentes sectores económicos –por ejemplo, agricultura, construcción, servicios, etc.- actuantes como focos de atracción²⁵³. Es más, estos propios sectores y actividades profesionales donde se concentra esta población extranjera inmigrante trabajadora, han sido definidos en inglés por las tres *D*: *dirty*, *dangerous* y *demanding*. En este caso concreto, la nacionalidad de la persona trabajadora se configura como un factor de segmentación adicional al propio mercado de trabajo y en el seno de los trabajadores no cualificados.

Todos estos elementos hacen que, pese a estar incluidos en el mercado de trabajo, se rompa la clásica lógica conceptual de la exclusión social y el riesgo de padecer la misma aparezca de nuevo porque el trabajo remunerado y sus condiciones – significativamente la carencia del acompañamiento de diferentes modos de protección social- son de mala calidad, originándose así una pobreza laboriosa²⁵⁴, o precariado²⁵⁵. En estas condiciones, la importancia del trabajo como medio y elemento de lucha frente a la exclusión social, queda relativizado²⁵⁶. Sin embargo y por el contrario, el segmento del mercado de trabajo con población cualificada es más reducido que el anterior y la presencia en el mismo de personas inmigrantes no tiene la misma relevancia, pues el

²⁵³ VALDUEZA BLANCO, M^a D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 201-207. Desde la perspectiva de riesgo social que pueden generar estos nichos laborales ante la falta de seguridad, NATULIO, G., “Sicurezza del lavoro e multiculturalismo: l’immigrazione come fattore di rischio”, en *Diritto del lavoro e società multiculturale*, AA. VV., VISCOMI, A. (coord.), Editoriale Scientifica, Nápoles, 2011, pp. 303 y ss.

²⁵⁴ Expresión referente a la ineffectividad del Derecho del Trabajo como paradigma del Derecho Social, su carácter integrador, protector y tuitivo de la persona trabajadora, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, cit., p. 10. Incidiendo en que la dignidad de la persona trabajadora es ante todo económica y social, en el derecho al trabajo como derecho a la obtención de unos recursos suficientes para vivir autónoma, segura y cómodamente, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “El Derecho del Trabajo y los pobres”, en *II Foro Andaluz de los Derechos Sociales: pobreza y exclusión*, AA. VV., TEROL BECERRA, M. J. (dir.), cit., pp. 30-32.

²⁵⁵ Término conceptual que expresa la traducción de la precariedad laboral en precariedad social, situándose, en consecuencia, los trabajadores en los márgenes cercanos a la exclusión social, MONEREO PÉREZ, J. L., *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 119.

²⁵⁶ Se rompe así el modelo de integración sustentado en el trabajo asalariado, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social”, cit., p. 16. CHARRO BAENA, P., “Exclusión social”, en *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dirs.), AGUILERA IZQUIERDO, R. (coord.), cit. p. 630. En este sentido, uno de los clásicos del reformismo social y económico, GEORGE, apuntó en una de sus principales obras que pese al aumento de la producción y del progreso, los salarios tienden a bajar hasta ocasionar niveles de pobreza relativa, GEORGE, H., *Progreso y miseria*, con estudio preliminar “Economía política de la desigualdad: progreso y miseria en Henry George” de MONEREO PÉREZ, J. L., cit., pp. 21 y ss., 111 y ss.

acceso a éste más bien se realiza –si es que se llega a ello- en un segundo momento tras su inicial inclusión en nuestra sociedad y comunidad.

Asimismo, sobre esta clara división y estructura, la crisis económica de finales de la primera década del siglo XXI generó aspectos negativos adicionales no ya sólo sobre el mercado de trabajo y su funcionamiento, sino también sobre las personas trabajadoras e, ilustrativamente, sobre el colectivo inmigrante extranjero. En este sentido, una consecuencia directa y devastadora de la crisis económico-financiera, fue su conversión en una crisis de empleo. Hubo una destrucción de empleo sin precedentes en la historia que afectó muy específicamente a la población trabajadora no cualificada. O, en términos igualmente preocupantes, otra consecuencia fue para aquellos que conservaron su empleo, al experimentar un agravamiento de las condiciones de precariedad laboral, paradigmáticamente en los trabajadores extranjeros inmigrantes²⁵⁷. Significativamente, se dualizó, segmentó y fragmentó con brechas más profundas el mercado de trabajo para con estas personas últimas. No sólo sus condiciones laborales se vieron todavía más perjudicadas –en términos de mayor precariedad aún-, sino que su empleabilidad se vio seriamente dañada por la escasa demanda de trabajo –general, en tiempos de crisis, y concreta, en los sectores productivos en los que se han venido ubicando estas personas extranjeras-, hasta el punto de ser uno de los colectivos más afectados por las elevadas tasas de desempleo sufridas sucesivamente a lo largo de los meses desde que comenzó la crisis. Quedó demostrada la vulnerabilidad de este colectivo. Frente a ello, el II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014), tiene como objetivo del área de empleo y promoción económica, la reducción de la

²⁵⁷ Desde una perspectiva internacional, AWAD, I., “Migraciones laborales internacionales en tiempos de crisis económica: 2008-2009”, en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AA. VV., RAMOS QUINTANA, M. I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011, pp., 17 y ss.; IBÍDEM, *The global economic crisis and migrant workers: impact and response*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009. Desde una óptica nacional, RAMOS QUINTANA, M. I., “Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 28, 2011, pp. 29 y ss.; ELU TERÁN, A., “Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas”, *Revista CAUCES*, núm. 015, 2011, pp. 27 y ss.; RINKEN, S., CORTÉS SÁNCHEZ, M^a P., GALERA POZO, G., “¿Al traste con la mejora progresiva? El impacto de la crisis sobre el (des)-empleo inmigrante”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011, pp. 85-96. Atendiendo a una óptica preventiva y de salud laboral, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Los trabajadores extranjeros. Dificultades preventivas”, en *Tratado de Salud Laboral, Tomo II, Aspectos técnico-sanitarios y lugares, sectores y colectivos singulares*, AA. VV., RIVAS VALLEJO, M^a P. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs.), GARCÍA VALVERDE, M^a D. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 605-616.

situación de precariedad y segmentación del mercado laboral a través de: la mejora de las condiciones de trabajo y la lucha contra la contratación irregular y la explotación laboral; y el fomento de la calidad del empleo²⁵⁸.

En cualquier caso, atendiendo a esta clara división y estructura, tratando de corregir estas consecuencias negativas, desde el ámbito político-jurídico, se impulsó una formación para el empleo con una pretensión concreta tanto objetiva –elevación de los niveles de cualificación de las personas trabajadoras en el segmento del mercado de trabajo indicado- como subjetivamente –orientado especialmente hacia colectivos concretos, entre cuyos destinatarios se encontraban incluidos también las personas inmigrantes, al verse éstos muy afectados- a fin de aumentar la empleabilidad de las personas trabajadoras en sectores y actividades de mayor calidad, para así corregir la fractura de nuestro mercado de trabajo.

En este marco y ante la apuesta por una unidad de mercado en la que predomine el segmento de la población trabajadora cualificada, también para el caso de los nacionales de los terceros Estados fue de resaltar la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a la entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. La misma fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, con la introducción de un nuevo artículo, el 38 *ter*, titulado residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados. El mismo establece, para estas personas, mecanismos de entrada, permanencia y salida más flexibles y garantistas que los fijados de un modo general y clásicos ya. Se añade, por tanto, un nuevo carácter definidor a la regulación de la inmigración en España, pues ya no sólo se realiza atendiendo a las necesidades y capacidad de acogida de nuestro mercado de trabajo, sino también selectivamente²⁵⁹. Los países de origen y sus intereses para su posible

²⁵⁸ Vid., al respecto, AA. VV., *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, Madrid, 2011, pp. 120-122.

²⁵⁹ Haciendo referencia al carácter de *inmigración elegida*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La nueva legislación de extranjería e inmigración”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 8, 2010, p. 7.

desarrollo socioeconómico por medio de estas personas cualificadas quedan en un segundo plano, condenándose así a seguir en su situación de subdesarrollo²⁶⁰.

Pero pese a este contexto jurídico-político y sus propósitos e intenciones, no se ha de obviar la realidad social más cercana, teniendo presente para ello la bolsa de personas inmigrantes en situación administrativa irregular carentes de la autorización de trabajo; o de ésta y el permiso de residencia. Son éstos precisamente los que refuerzan la presencia, identificación y vinculación de la inmigración con su ubicación en los segmentos de mercado de trabajo no cualificados, constituyendo éstos su principal vía de acceso al mismo más allá de su situación de regularidad o irregularidad. Además, focalizando la atención en éstos últimos, es muy relevante el peso de la inmigración en el marco de la economía sumergida en actividades muy concretas atendiendo a la desregulación y segmentación del mercado de trabajo como opción de política económica y laboral²⁶¹.

Estas personas inmigrantes en situación administrativa irregular, son trabajadores pobres carentes de la protección dispensada por la legislación sociolaboral y explotados tanto económica –bajos salarios y ausencia de protección social- como personalmente –negación de sus derechos sociolaborales relacionados directamente con la propia dignidad humana-. Se hallan así en una situación de desigualdad material reflejo y paradigma de situaciones discriminantes –significativamente, con fundamento en la nacionalidad ante el acceso al mercado de trabajo y la sujeción del mismo a las autorizaciones administrativas- que pueden constituirse en elemento crucial –negativo- para la exclusión social²⁶². No se cumple así el concepto básico y estándar mínimo

²⁶⁰ En el marco explicativo de los procesos migratorios por medio de la teoría del sistema mundial, esta emigración supone para los países pobres la ruptura de sus posibilidades de desarrollo, pues se les priva de un capital humano esencial para salir de su situación, a la vez que se considera que este hecho supone un subsidio de los Estados pobres a los ricos, SÁNCHEZ BARRICARTE, J. J., *Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado*, cit., pp. 29-31. En términos de fuga de cerebros, USHAKOVA, T., “Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 22, 2011, pp. 105-118.

²⁶¹ RAMOS QUINTANA, M^a I., “Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 24-25.

²⁶² Esta realidad entronca directamente con los postulados de la teoría marxista y neomarxista sobre las políticas migratorias, pues estas personas inmigrantes constituyen el *ejército de reserva industrial*, formando parte así las migraciones del desarrollo capitalista y de la división internacional del trabajo, SÁNCHEZ BARRICARTE, J. J., *Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado*, cit., pp. 36-38. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, cit., pp. 10-12; IBÍDEM, “Empleo y exclusión social”, cit., pp. 125-126. Incidiendo en la inmigración

internacional -proclamado por la Organización Internacional del Trabajo- del trabajo decente²⁶³, ya que éste está directamente relacionado con la libertad, la igualdad, la seguridad y la dignidad de la persona que lo realiza, entroncándose así con la realización efectiva en el trabajo de los derechos humanos fundamentales. Rentas escasas, empleo no digno y carencia de derechos rompen el tejido social impidiendo la integración de estas personas en la sociedad y comunidad, convirtiendo la exclusión social en un riesgo de nuestro Estado contemporáneo, en conexión directa con el concepto afín de pobreza²⁶⁴.

En este sentido, no se ha de obviar que la desregulación y segmentación del mercado de trabajo como opción de política económica y laboral se encuentra claramente influenciada por otra realidad, como es la propia globalización económica²⁶⁵. En el plano formal, la movilidad de capitales, bienes y servicios está claramente relacionada y unida a una movilidad de personas, a los flujos migratorios – emigración e inmigración-. Materialmente no es así porque las personas no pueden migrar libremente. La consecuencia es inmediata: si el capital, los bienes y los servicios tratan de buscar y encontrar las mejores condiciones de inversión en aquellos países desarrollados socioeconómicamente, no le ocurre igual a las personas. Las personas no pueden emigrar ni instalarse –ser inmigrantes- en las sociedades y comunidades a las

como paradigma de la precariedad laboral, LACALLE, D., *Trabajadores precarios. Trabajadores sin derechos*, El Viejo Topo, Madrid, 2009, pp. 94-105.

²⁶³ Vid., al respecto, el Programa de la Organización Internacional del Trabajo sobre *Trabajo decente. Un mundo mejor comienza aquí*. Para el caso concreto de su traslación a las migraciones, vid., el apartado I del *Marco Multilateral de la Organización Internacional del Trabajo para las migraciones laborales*, de 2006. Analizando éste último, ROJAS RIVERO, G. P., “El marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales”, en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AA. VV., RAMOS QUINTANA, M. I. (coord.), cit., pp. 177 y ss.

²⁶⁴ VALLECILLO GÁMEZ, M^a R. y MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Comares, Granada, 2008, pp. 27-30. Asimismo, un sector de la doctrina, considera que la inestabilidad y la inseguridad en el empleo es una perspectiva relacionada directamente con la precariedad laboral en el marco de las tendencias emergentes hacia la desestabilización del trabajo, MONEREO PÉREZ, J. L., *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, cit., pp. 104-112. Enlazando esta precariedad con la política de flexibilidad laboral, IBÍDEM, *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, cit., pp. 99-129.

²⁶⁵ También se ha puesto de relieve que la precariedad laboral, en gran medida, es una de las consecuencias más visibles de la segmentación del mercado de trabajo, MONEREO PÉREZ, J. L., *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, cit., p.116.

que se dirigen los anteriores con el mismo carácter²⁶⁶. La entrada de personas está ligada a la soberanía nacional y son los propios Estados quienes deciden por medio de su política inmigratoria no sólo el estatuto jurídico de derechos de estas personas hasta el punto de condicionar, facilitando o dificultando, su integración social tomando como punto de partida el respeto a la titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales; sino también la protección del propio mercado de trabajo nacional ante el rol trascendental y nuclear que tiene para estas personas inmigrantes la propia actividad económico-laboral que desarrollen.

Desde estos postulados, en consonancia con la propia Unión Europea, se trata de poner en marcha por parte de cada uno de los Estados una política inmigratoria cuyo núcleo principal es erradicar y evitar la entrada y permanencia de las personas inmigrantes en situación administrativa irregular, obviando la propia realidad de las personas ya presentes en nuestra sociedad en esta situación administrativa. Para éstos se articula una política de tintes represivos nada igualadora e integradora, reforzadora de los controles, con un exhaustivo régimen sancionador y, en todo caso, facilitando su expulsión. Todo ello frente a la política inmigratoria para las personas inmigrantes en situación administrativa regular y su clara tendencia a una igualdad jurídica, material y social, hacia la conformación de un estatuto jurídico de derechos, al favorecimiento de los instrumentos y derechos para su integración social, etc. Paradigma de ello fue la propia Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Su intención clara -atendiendo a los parámetros definidos anteriormente- fue la lucha contra la inmigración en situación administrativa irregular y la ordenación de un conjunto de personas inmigrantes a las que se les dota de un estatus de regularidad desde la perspectiva de nuestras necesidades laborales y, a partir de las mismas, se facilita su integración social.

²⁶⁶ GEORGE, S., “¿Globalización de los derechos?”, en *La globalización de los derechos humanos*, AA. VV., GIBNEY, M. J. (ed.), Crítica, Barcelona, 2003, p. 33. PUGLIESE, E., “Immigrazione, lavoro, diritti di cittadinanza”, en *Il futuro del lavoro in Europa. Occupazione, diritti civili, diritti sociali*, AA. VV., COLONNA, M. y PUGLIESE, E. a cura di, cit., pp. 213-216. AMBROSINI, M., *Un’altra globalizzazione. La sfida delle migrazioni transnazionali*, Il mulino, Bolonia, 2007. Desde la perspectiva de las migraciones como manifestación de la globalización incompleta, VALDUEZA BLANCO, M^a D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 35-50; MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada”, *Revista Justicia Laboral*, núm. 47, 2011, pp. 15-17.

Se manifiesta, por tanto, en el seno de la regulación política y jurídico-legal de la inmigración, la existente tensión entre las concepciones de persona trabajadora y persona inmigrante y la constante dialéctica –con trasfondo socioeconómico- entre empleo y ciudadanía de la persona inmigrante nacional de un tercer Estado. Es decir, implícitamente, está presente la tensión y dialéctica entre un cierto carácter mercantil de los mercados de trabajo y lo social propio e inherente tanto al Derecho del Trabajo como a una ciudadanía inclusiva caracterizadora del Estado social y democrático de Derecho. La solución es el hallazgo de nuevas vías compaginadoras de lo económico con lo social –la inmigración con las dimensiones sociales que posee esta realidad-, en cuanto que la economía tiene que servir a los fines que se trazan por la sociedad democrática, con la pretensión de poner la racionalidad económica al servicio de una sociedad justa e igualitaria²⁶⁷.

1.2.- LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS INMIGRANTES EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. PERSPECTIVAS POLÍTICO, JURÍDICA Y GARANTISTA

El marco del Estado de Derecho -en su concreta expresión de Estado constitucional y en su modelo de social-, adquiere una gran relevancia para los derechos humanos fundamentales de las personas. Es el medio y contexto jurídico-político adecuado tanto para la vigencia de los mismos como para la plena efectividad de sus garantías y, en este sentido, de la ciudadanía plena –como posteriormente se analizará-. Derivada de sus caracteres definidores, la finalidad perseguida por éste es la conformación de un Estado garantista social e igualitario para todas las personas que forman la comunidad política y sociedad del mismo²⁶⁸, sin distinción alguna en base a

²⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., “Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 2, 1999, p. 247.

²⁶⁸ GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, cit., pp. 105-123. Asimismo, GARCÍA SCHWARZ, R., *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*, cit., pp. 35-45.

su nacionalidad y condición –significativamente, por tanto, de inmigrante y/o extranjero-.

A su vez, esta definición y configuración se incluye en el propio marco teórico, político y jurídico del constitucionalismo social, con sus implicaciones más directas y relevantes fruto –como ya se apuntó en el capítulo anterior- de la incorporación de los derechos sociales fundamentales a los propios textos constitucionales²⁶⁹. A grandes rasgos: en primer lugar, una adopción de los sistemas de libertades básicos; en segundo lugar, la adopción de la forma política de la democracia en su versión más pura, genuina y clásica: la democracia constitucional configurada en cuanto sistema político complejo fundado sobre los límites y vínculos jurídicos impuestos a todos los poderes existentes – públicos y privados y estatales y supraestatales- para la tutela de la paz y de los derechos humanos fundamentales de todos; en tercer lugar, la importancia de un Estado social intervencionista aceptador del protagonismo político y jurídico del conjunto de los grupos sociales en cuanto sujetos de derechos –paradigmáticamente, las personas extranjeras inmigrantes-; y, en cuarto lugar, la inclusión de derechos subjetivos públicos sociales y de programas de carácter político-social con la finalidad de procurar bienes fundamentales y cubrir, así, necesidades sociales esenciales.

Una manifestación significativa de este constructo jurídico-político acontece en el caso español, ya que se establece constitucionalmente –en el artículo 1.1- la configuración de nuestro Estado como social, democrático y de Derecho²⁷⁰. La consecuencia inmediata es la aparición de varios elementos configuradores trascendentales para la efectividad y garantía de los derechos humanos fundamentales

²⁶⁹ Sobre las mismas, MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 117-130; IBÍDEM, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 43-49; IBÍDEM, “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo”, en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), MARTÍN JIMÉNEZ, R. (coord.), cit., pp. 1533-1536.

²⁷⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F., “El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, en *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 89 y ss. MONTALVO CORREA, J., “La cláusula del Estado social en el texto constitucional”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española*, AA. VV., CASAS BAAMONDE, M^a E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (coords.), La Ley, Madrid, 2006, pp. 213 y ss. Sobre la génesis y primera interpretación de este artículo de la Constitución, PAREJO, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, cit., pp. 23-42.

de todas las personas –incluidas extranjeras inmigrantes- en este marco. Es el caso de la propia Constitución, el modelo estatal en ella regulado o el propio derecho en sí mismo.

En el caso concreto de la Constitución española, ésta es elemento clave e imprescindible a considerar para la propia existencia y reconocimiento jurídico-formal de los derechos humanos fundamentales de las personas -específicamente para las extranjeras inmigrantes desde el propio artículo 13 en concordancia con el 10, como posteriormente se analizará- así como de sus garantías a través de las técnicas e instrumentos de tutela general previstas al efecto también en la misma.

El hecho de que en el Estado aparezca la Constitución en cuanto norma suprema fundamental implica -aparte de la decisión fijada por el poder constituyente relativa a la forma, modo y existencia política de un pueblo²⁷¹- dos aspectos básicos relacionados con el anterior. De un lado, su conformación como base y fundamento del orden jurídico normativo estatal afectante a la totalidad de la comunidad y sociedad, tal y como se muestra para el caso de la integración de las personas inmigrantes extranjeras en el artículo 2 *ter* de la vigente Ley Orgánica 4/2000, al aludir a la promoción de aquella por parte de los poderes públicos sin más límite que el respeto a la Constitución y la Ley, a la vez que fomentando mediante acciones formativas el conocimiento y respeto de los propios valores constitucionales. Y, de otro lado, la manifestación concreta de la primacía del derecho²⁷².

Estos presupuestos se hacen realidad y adquieren eficacia en un modelo de Estado Constitucional de Derecho. Este modelo estatal se conforma como manifestación de la fórmula política del garantismo de los derechos humanos fundamentales, porque se constituye en el marco institucional político-jurídico básico en el que se desarrolla el programa garantista, por tener como elemento central todo un elenco de instituciones al servicio de los derechos establecidos que sólo son posibles desde el Estado Constitucional. Para que ello sea efectivo, este modelo tiene el principal rasgo de

²⁷¹ Desde esta perspectiva, es clásica la perspectiva y pensamiento de SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1983, pp. 45 y ss.

²⁷² KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, con estudio preliminar “Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2002, pp. 414-425. PEÑA FREIRE, A., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 111 y ss. En este sentido, sobre la evolución del Estado de derecho al Estado constitucional, ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 21-46.

incorporar un riguroso principio de legalidad, suponedor del sometimiento del poder a todos y cada uno de los límites formales y sustanciales que quedan impuestos por los derechos fundamentales individualmente considerados²⁷³. Ante este sometimiento del poder a los límites establecidos por los derechos fundamentales, su garantía presenta la exigencia de la realización práctica y efectiva de un constitucionalismo muy fuerte que tiene como principal fundamento y razón de ser a los propios derechos²⁷⁴.

Desde esta perspectiva, la Constitución adquiere una dimensión tanto formal o estructural como axiológica o valorativa (STC de 14 de julio de 1981). La dimensión social de la democracia se adiciona a la formal propia del Estado de Derecho clásico, permitiendo condicionar las decisiones formalmente democráticas al obligado respeto de los contenidos que se impone deducir de los derechos humanos fundamentales. Se introduce así un principio de legitimidad material sobreañadido a la estricta legitimidad formal y procedimental del Estado democrático. La garantía de estos derechos se conforma como inherente al Estado democrático contemporáneo, existiendo una relación de condicionamiento mutuo entre los mismos y la democracia: la unidad de la democracia y la configuración jurídica de los mismos.

Pero este modelo de Estado Constitucional implica de por sí, el planteamiento del interrogante sobre el ámbito personal de validez del orden estatal. Tradicionalmente, desde una perspectiva politológica, se ha venido considerando como uno de los elementos constitutivos de los Estados al pueblo, entendido éste como el conjunto de personas que habitan dentro de los límites del territorio perteneciente a aquél. Formalmente, esta definición es la clásicamente seguida en los distintos textos normativos internos de cada Estado reguladores de los derechos para establecer el ámbito subjetivo de los mismos, si bien en las grandes declaraciones, pactos, tratados y convenios de carácter internacional los límites se han ampliado al tener vigencia universal, pese a que para su efectividad y ejercicio se haya remitido al interior de cada uno de los Estados. Materialmente predomina esta última universalidad muy específicamente para las personas extranjeras inmigrantes. Desde una perspectiva

²⁷³ PRIETO SANCHÍS, L., “Constitucionalismo y garantismo”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, AA. VV., CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (ed.), cit., p. 41.

²⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, L., “Constitucionalismo y garantismo”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, AA. VV., CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (ed.), cit., p. 43. PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, cit., pp. 111 y ss.

jurídica y del derecho, el pueblo es la unidad de una multiplicidad de hechos de conducta humana constituidos en el contenido de las normas del Derecho²⁷⁵. Su propio carácter definidor de la persona como universal impide condicionantes adicionales como el de nacionalidad. Ahora bien, también este conjunto ha sido creado al mismo tiempo por la unidad que presente el orden jurídico que se le aplique al mismo.

En este sentido, a fin de evitar situaciones de exclusión por condicionantes ya aludidos, en el seno de la comunidad y sociedad sobre la que tienen vigencia universal los derechos humanos fundamentales de la persona, un concepto esencial adquirente de especial relevancia en el seno de las sociedades modernas es el de la igualdad jurídica o formal²⁷⁶. Ésta es aquella relación unificadora de una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que, en cuanto reconocidos y garantizados a todas las personas en igual medida, son llamados universales y adquieren el carácter de fundamentalidad. Es esta igualdad jurídica la que con más fuerza actúa como límite ante situaciones de desigualdad injustificada en el seno de las sociedades actuales²⁷⁷ y ante realidades sociales como la presencia de personas inmigrantes extranjeras en la sociedad española.

Pero, en muchas ocasiones, la realidad jurídica-formal no coincide con la realidad jurídico-material. Para superar el distanciamiento que en determinados casos se produce entre el ser y el deber ser, entre realidad y derecho, en los que la igualdad jurídica es en el plano teórico pero no real -produciendo así una laguna legal en la aplicación y garantía de los concretos derechos fundamentales de las personas-, es posible apelar a la situación de la realidad para atribuir esos derechos, pese a que tengan un carácter de absolutos, de humanos. Es decir, se produce una laguna deóntica²⁷⁸. El derecho se encuentra establecido jurídicamente y por tal hecho, no puede ser ignorado, con lo que este vacío garantista necesariamente ha de ser colmado por el legislador en cuanto que el derecho de que se trate genera en sí mismo una obligación imperativa de producir la garantía que le falta. Si este hecho acontece, los derechos que quedan

²⁷⁵ KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, con estudio preliminar “Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen” de MONEREO PÉREZ, J. L., cit., pp. 249-251.

²⁷⁶ BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 188-190. PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, cit., pp. 19-38.

²⁷⁷ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 41 y 81.

²⁷⁸ CRUZ PARCERO, J. A., “Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, AA. VV., CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (ed.), cit., p. 326.

regulados de la forma adecuada en el marco jurídico-legal tienen el fundamento de su validez en su propia creación y conformación atendiendo a lo establecido constitucionalmente²⁷⁹. Muestra de ello ha sido la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros y su Integración Social, a través de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ya que un motivo técnico-jurídico de reforma de la misma fue el correcto reconocimiento en titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales para las personas extranjeras inmigrantes.

El resultado es que necesariamente se ha de observar el derecho como norma –normatividad- y el derecho como hecho –efectividad-. Estos son dos puntos de vista complementarios desde los que contemplar y analizar todo el conjunto del fenómeno jurídico regulador de la realidad social, no existiendo, por tanto, norma respecto al derecho regulador de los mismos, sino también respecto a los hechos²⁸⁰.

Así, cada derecho existente, en cuanto que venga establecido legalmente conlleva que sea posible la exigibilidad de una garantía positivamente establecida con la necesidad de observar un determinado comportamiento que imperativamente ha de ser satisfecho. Esta exigencia constituye la obligación de satisfacer un derecho, la obligatoriedad de la observación de dicho comportamiento, pero no como un ser y sí como un deber ser, con lo que la relación entre el derecho y la obligación de satisfacerlo queda establecida como una implicación normativa. Así pues, un derecho que exige la obligación de satisfacerse asume la forma de garantía jurídica²⁸¹. En consonancia, se hace del derecho un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos humanos fundamentales²⁸².

Más concretamente, tanto la Constitución como la vigente Ley Orgánica 4/2000 –junto a otras de idéntico carácter infraconstitucional- en la que quedan establecidos todos y cada uno de los derechos humanos fundamentales de las personas inmigrantes extranjeras, se deben formular y realizar como auténticos y genuinos pactos sociales escritos sobre las dimensiones de lo indecible por ninguna mayoría política y social.

²⁷⁹ KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, con estudio preliminar, “Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen” de MONEREO PÉREZ, J. L., cit., p. 162.

²⁸⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 41.

²⁸¹ BOVERO, M., “Derechos, deberes, garantías”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, AA. VV., CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (ed.), cit., p. 238.

²⁸² FERRAJOLI, L., “El derecho como sistema de garantías”, cit., p. 63.

Es decir, particularmente, los límites y prohibiciones para garantizar los derechos de libertad y las obligaciones en *pro* de la garantía de los derechos sociales fundamentales. El propio derecho en sí considerado es percibido como una garantía, en cuanto exigente de un modelo institucional acorde con la necesidad de proteger los derechos humanos fundamentales operantes como límites a los poderes públicos y necesariamente protegidos frente a la actuación de las mayorías originadoras de grupos sociales vulnerables y en riesgo de exclusión social²⁸³.

En este sentido, el Estado se configura como un instrumento de garantía de los derechos humanos fundamentales por dos rasgos esencialmente²⁸⁴. Si, de una parte, éste tiene carácter artificial porque es debido a la voluntad de las personas, por otra, este Estado va a tener un carácter instrumental en cuanto que no es interpretado como un fin en sí mismo. En esta dirección, el Estado se constituye en una garantía en cuanto que por medio del derecho logra generar el grado suficiente de seguridad para las personas, que posibilita que éstas puedan llegar a conseguir sus fines. Pero no cualquier Estado constituye de por sí una garantía, sino que ha de encontrarse limitado. Garantía que se ve aumentada por la constatación de que el modelo estatal que se lleva a la práctica es un modelo de Estado social de Derecho, en el que todos los derechos –pero muy significativamente los de carácter social- tienen y adquieren un rol fundamental a la hora de la inclusión en base a la igualación social de colectivos vulnerables -como es el caso de los inmigrantes extranjeros- procurando evitar desequilibrios sociales²⁸⁵.

Como ya se ha apuntado, un primer gran paso elemental al respecto se produjo con la inclusión de estos derechos sociales fundamentales en las constituciones debido a la corriente del constitucionalismo social. La consecuencia esencial es que el Estado tiene imperiosamente que diseñar unos mecanismos garantizadores del cumplimiento

²⁸³ SASTRE ARIZA, S., “Derecho y garantías”, cit., p. 50. En la misma dirección, GARCÍA SCHWARZ, R., *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*, cit., pp. 77-115.

²⁸⁴ SASTRE ARIZA, S., “Derecho y garantías”, cit., pp. 48 y ss.

²⁸⁵ Es de resaltar, en este contexto, la función social atribuida por HELLER al Estado, pues defiende este jurista y constitucionalista que es la propia entidad estatal la que tiene que cumplir una función procuradora de unidad de acción de todos y para con todos los colectivos, en conexión con la actividad social, HELLER, H., *Teoría del Estado*, con estudio preliminar “La teoría político-jurídica de Hermann Heller” de MONEREO PÉREZ, J. L., cit., pp. 231-249. Profundizando en sus planteamientos, MONEREO PÉREZ, J. L., *La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, cit., pp. 67-79. Asimismo, también se defiende que el catálogo de derechos sociales reconocidos constitucionalmente es consecuencia del reconocimiento de la socialidad del Estado, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 71.

efectivo de tales derechos, ante lo que se hace imprescindible la delimitación de una serie de garantías de los mismos para hacer plenamente efectivo un constitucionalismo de la igualdad²⁸⁶. El problema entonces es que estos derechos sociales fundamentales están ya claramente establecidos constitucionalmente, pero sin embargo todo su andamiaje institucional para hacerlo efectivo presenta muchas fisuras. Como ya se ha analizado en el capítulo anterior, el amplio e importantísimo conjunto de derechos sociales fundamentales no han sido acompañados, en su elaboración y positivización, de unas garantías sociales como técnicas de defensa y de protección jurisdiccional. Ello es así porque, ni se ha hecho ni se ha teorizado un Estado social de Derecho que tenga como uno de sus rasgos las obligaciones establecidas y las sanciones a las mismas por derechos claramente definidos. Ni, con ello en consecuencia, la certeza, la legalidad y la igualdad de su cumplimiento para satisfacer las expectativas a las que obedece el Estado social²⁸⁷. Ahora bien, ello no impide que la propia cláusula del Estado social, en cuanto valor interpretativo, suponga una adecuada conexión y modulación social de los propios derechos fundamentales²⁸⁸.

La solución pasa por el avance hacia una progresiva judicialización de los derechos sociales mediante, por un lado, un cauce que suponga la apertura de vías jurisdiccionales especializadas y, por otro lado, la delimitación de un núcleo intangible de los mismos cuya tutela se encomiende a los jueces²⁸⁹. Sólo entonces se estaría en condiciones de afirmar la existencia de un garantismo social con el que se designe al conjunto de garantías dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales fundamentales. Es el caso español y el artículo 53 de la Constitución, posteriormente analizado. Ahora

²⁸⁶ CARBONELL, M., “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, AA. VV., CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (ed.), cit., p. 189.

²⁸⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 863.

²⁸⁸ En este sentido, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 70.

²⁸⁹ GARCÍA MORALES, A., “La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales”, en *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, AA. VV., PISARELLO, G. (ed.), Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 11-34. CARBONELL, M., “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, AA. VV., CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (ed.), cit., p. 189. RIVERO LAMAS, J., “La garantía de los derechos y libertades fundamentales”, en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M^a N., (dirs.), cit., pp. 1979 y ss. GARCÍA SCHWARZ, R., *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*, cit., pp. 67-76.

bien, con carácter general, a día de hoy, el mismo se encuentra en cierta medida ausente y es imperfecto²⁹⁰.

El planteamiento anterior no significa que se pueda poner en marcha la tesis de la distinción²⁹¹, por medio de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale a una inobservancia de los derechos que se encuentran positivamente estipulados. Muy al contrario, se debe considerar la posibilidad de percibir estos derechos desde el punto de vista de su eficacia social²⁹², por medio de que si alguno de los derechos no resultan eficaces pese a su inclusión en normas constitucionales o infraconstitucionales, no se debe tanto a lagunas de los mismos como a su deficiente aceptación como normas del ordenamiento. Todo ello desde la consideración de que la realización del conjunto de medidas jurídico-políticas que hagan realidad la igualdad material –derivadas del propio carácter de estos derechos sociales fundamentales– no impidan el pleno desarrollo personal y social. Y, consecuente, la inclusión e integración.

Unida a esta perspectiva de eficacia social, el Estado social de Derecho, por medio de los derechos sociales fundamentales, origina una ciudadanía social en la que la exclusión se ha de reducir al máximo en base a criterios de igualación, solidaridad y justicia social. La garantía de la titularidad y ejercicio de los derechos sociales fundamentales motiva que el constitucionalismo de la igualdad sea esencial y efectivo para la realización de la igualdad social de todos los miembros que componen la comunidad y sociedad, indistintamente a su condición y nacionalidad, en aras de construir una sociedad justa y equitativa en donde la diferencia y la exclusión no sea consecuencia de la atribución efectiva de derechos sobre criterios de nacionalidad. Los derechos sociales fundamentales y sus garantías se convierten, a la misma vez, en garantía del correcto funcionamiento de todo el entramado del Estado social de Derecho y de su plasmación en la aspiración a la realización efectiva de una ciudadanía plena inclusiva atendiendo a la garantía de los derechos sociales y la cobertura por los mismos de las necesidades sociales.

²⁹⁰ FERRAJOLI, L., “Garantías”, cit., p. 40.

²⁹¹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 43.

²⁹² PALOMBELLA, G., *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, cit., p. 35.

Además, la indivisibilidad e intercomunicabilidad entre todos los derechos humanos fundamentales de la persona es esencial para la fórmula del Estado social y democrático de Derecho, pues esta presupone la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad y de la igualdad, siendo la finalidad principal de la incorporación de los derechos sociales en la Constitución, la de ampliar y potenciar la libertad real de las personas y de los grupos en que éstas se integran, aportando un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos.

1.3.- LA INMIGRACIÓN ECONÓMICO-LABORAL: ¿UNA NUEVA CUESTIÓN SOCIAL?

Atendiendo a la teoría clásica de las migraciones y en muy clara conexión con la perspectiva socioeconómica de la realidad de la inmigración en España, actualmente, ésta, se categoriza conceptualmente como inmigración económico-laboral²⁹³. Es decir, un conjunto de flujos migratorios cuyos protagonistas principales son personas nacionales de terceros Estados con un escaso nivel de desarrollo socioeconómico en los que las condiciones vitales dignas son difíciles. Como consecuencia inmediata, emigran hacia otros países y sociedades más evolucionadas socioeconómicamente a la búsqueda de unas mejores condiciones sociales y de vida. La finalidad es la consecución y alcance de un desarrollo vital digno que mejoraría al de sus países de origen²⁹⁴. Por tanto, el trabajo, la actividad laboral, aparece como el medio esencial y trascendental para la consecución de tal fin²⁹⁵. Así, estas personas nacionales de terceros Estados son

²⁹³ ZANFRINI, L., *Sociología delle migrazioni*, Laterza, Bari, 2007, pp. 35-48; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Algunas notas sobre las teorías explicativas de los flujos migratorios y la multidimensionalidad del hecho migratorio”, en *Tratamiento jurídico de la inmigración*, AA. VV., CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (coords), Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 12-13; DOUGLAS, S. MASSEY, ARANGO, J., HUGO, G., KOUAOUCI, A., PELLEGRINO, A. y EDWARD TAYLOR, J., “Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, pp.13-22.

²⁹⁴ Desde esta perspectiva, *vid.*, PEREDA, C., DE PRADA, M. A. y ACTIS, W., “Migraciones internacionales: entre el capitalismo global y la jerarquización de los Estados”, en *Políticas sociales y Estado de bienestar en España: las migraciones. Informe 2002*, AA. VV., CLAVIJO, C. y AGUIRRE, M. (ed.), Fundación Hogar del Empleado, Madrid, 2002, pp. 39-91.

²⁹⁵ La categorización de la inmigración como económica-laboral se enmarca también en la teoría del mercado dual de trabajo. Es así porque la actividad laboral, en cuanto medio para la consecución de la finalidad advertida, es el principal factor de atracción en los países receptores de inmigración, SÁNCHEZ BARRICARTE, J. J., *Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado*, cit., pp. 26-29.

personas que trabajan. Trabajadores que bien pretenden acceder a un mercado de trabajo distinto al de su país de origen, o bien ya se encuentran incluidos en el mismo – contribuyendo así al progreso y desarrollo de la economía nacional-.

La clarificación conceptual apuntada se antoja a todas luces clave y desemboca en una matización técnica de carácter jurídico-político esencial. Extranjería no es igual a inmigración, el derecho regulador de la primera no es igual al derecho regulador de la segunda y política de extranjería no es igual a política de inmigración –así queda patente en el artículo 149.1.2 de la Constitución-. Por más que estén ligadas y relacionadas. Extranjería, derecho de extranjería y política de extranjería hacen referencia al estatus y situación jurídica de una persona que no es nacional del Estado en el que se halla, bien temporal o indefinidamente. Mientras que en la inmigración, el derecho de la inmigración y la política de inmigración, además de lo anterior pero con un interés acrecentado por la permanencia continuada, hay un aspecto nuclear diferenciador y clave en muy estrecha conexión con lo ya apuntado: lo sociolaboral, en relación a la entrada, permanencia y salida –o retorno- de personas que igualmente acceden, se encuentran o salen del mercado de trabajo²⁹⁶. La mayor incidencia de una u otra dimensión en nuestra realidad social –pese a que no se puedan observar como separadas- no hace sino reincidir y constatar –pese a su diferente matiz conceptual- el hecho de la presencia en nuestra sociedad de personas con la condición de trabajadoras inmigrantes y extranjeras²⁹⁷. Ahora bien, no ya sólo como fenómeno coyuntural, sino como dimensión estructural de la sociedad y comunidad política en la que se hallan y/o incluyen.

²⁹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La intervención autonómica en las autorizaciones de residencia y trabajo”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 20, 2009, p. 6. Asimismo es una diferencia que se traslada también e igualmente en el sentido advertido a la propia concepción técnica-jurídica que se tiene de extranjero e inmigrante, imperando en ellos los núcleos centrales ya advertidos de la inmigración y de la extranjería. En este sentido, *vid.*, al respecto, SEMPERE NAVARRO, A. V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., *Políticas sociolaborales*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 266-268; RUIZ DE HUIDOBRO, J. Mª, “Evolución de la legislación española de extranjería e inmigración”, en *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, AA. VV., RUIZ DE HUIDOBRO, J. Mª (ed.), Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006, pp. 20-22; FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, Murcia, 2007, p. 81.

²⁹⁷ Desde esta perspectiva, RAMOS QUINTANA, Mª I., *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 23-25.

Todo ello para el caso español en el marco de un Estado social autonómico de Derecho incardinado en la entidad política supranacional y regional de la Unión Europea y las implicaciones concomitantes: no sólo la adecuada coordinación político-jurídica de conjunto, sino también por el predominio en sus acciones políticas de la lógica de la distribución, redistribución, participación e inclusión debido al contenido material –y no sólo formal- de la libertad, la igualdad y la solidaridad, aseguradoras a la vez de unas condiciones existenciales dignas para todas las personas.

En este sentido, la conexión entre inmigración y extranjería, desde la estricta perspectiva técnico-conceptual, puede plantear problemas terminológicos y de concepción en el momento de la correcta articulación jurídico-política de las mismas, sobre todo atendiendo a las dimensiones de empleo e inmigración. Particularizando, es así porque pese a que se refieran a una misma persona o ámbito subjetivo -la que viene a España de países terceros respecto a la Unión Europea- la vigente Ley Orgánica 4/2000 en su artículo primero define al extranjero en sentido negativo y por exclusión²⁹⁸. En el apartado tercero del mismo delimita su ámbito de aplicación con referencia expresa a que *los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*. Por su parte, la Ley 56/2003, de Empleo, alude de un modo específico y concreto a *los inmigrantes*, sin particularizar ni definir.

Se produce así un conflicto de normas en relación al concepto técnico-jurídico a aplicar a la transversal realidad inmigratoria, que se debe de entender superado materialmente por el nexo de unión existente entre ambas concepciones, como es la regulación jurídica de los flujos de inmigración, pero formalmente cada una en su ámbito. Por más que la vigente Ley Orgánica 4/2000 aborde la dimensión laboral de la inmigración extranjera, no sólo trata ésta, sino también otras como por ejemplo la reagrupación familiar –que, por otra parte también tiene serias connotaciones sociolaborales- con lo que se enmarca genéricamente en el más amplio Derecho de Extranjería. Por su parte, la Ley 56/2003 es exclusiva del ámbito laboral y del Derecho

²⁹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, Á., “Artículo 2. Exclusión del ámbito de la ley”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social. (LO 4/2000, 8/2000 y RD 864/2001)*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001, pp. 101-104.

Social del Trabajo y del Empleo, optando por una concepción más propia de inmigrante en relación a la persona extranjera en su condición de trabajadora²⁹⁹. Pero es que también se ha de tener presente el nexo común que subyace de ambas y las entrelaza y refuerza: el empleo en cuanto medio para la finalidad de la integración social, económica y laboral de la persona inmigrante extranjera en la comunidad política y sociedad en la que se encuentra.

Ahora bien, con fundamento en la matización conceptual advertida, se ha de poner de relieve la existencia de dos modelos un tanto diferenciados de regulación jurídico-legal de carácter más o menos protector –según el caso- para las personas inmigrantes extranjeras. De una parte, un modelo basado en la extranjería, en el derecho y en la política de extranjería: está centrado esencialmente en una dimensión controladora de la entrada, permanencia e incluso retorno de la persona extranjera; y fundamentado sobre aspectos de seguridad nacional, económicos y limitadores de derechos –incluso fundamentales-. Y, de otra parte, un modelo basado en la inmigración, en el derecho y en la política de inmigración: presta una especial atención a la integración social de la persona inmigrante desde la tutela del estándar mínimo de protección –titularidad y ejercicio efectivo- de los derechos humanos fundamentales de toda persona³⁰⁰.

Ambos modelos no deben transcurrir paralelos. Han de converger. Y es que la política jurídica reguladora de la inmigración extranjera debe de tender necesariamente en un futuro próximo -y más pronto que tarde- desde el marco político-jurídico actual

²⁹⁹ El reconocimiento jurídico-legal de esta circunstancia se encuentra en el artículo 19 *octies* de la Ley 56/2003, de Empleo. En el mismo, al colectivo de personas inmigrantes extranjeras se le considera como prioritario para el empleo por sus dificultades de integración e inclusión en el mercado de trabajo, articulándoseles itinerarios individuales y personalizados de empleo a tal fin. *Vid.*, al respecto, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Artículo 26. Colectivos prioritarios”, en *El Derecho del Empleo. El estatuto jurídico del Derecho del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), Comares, Granada, 2011, pp. 650-651. Igualmente, *vid.*, CHARRO BAENA, P., “Política de empleo y extranjería”, *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo II, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), 4^a ed., cit., pp. 89 y ss. Incidiendo en la inestabilidad de este colectivo en cuanto destinatario de las políticas selectivas de empleo, GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M^a J., *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 360-367.

³⁰⁰ En relación a ambos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea”, cit., p. 12. En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada”, cit., p. 30.

hacia la debida y correlativa protección social de estas personas inmigrantes extranjeras: perfeccionar así su estatuto de personas en directa conexión con su trayectoria vital y profesional, ampliando y completando de este modo el estatuto de derechos que le corresponde como persona y no sólo en su condición de extranjero³⁰¹. Los inmigrantes extranjeros trabajadores no son sólo personas útiles desde el punto de vista económico, sino también -y lo más importante- personas con derechos y deberes esenciales para su realización en cuanto tales en clave de igualdad en el seno de la sociedad y comunidad política en la que se hallan, propiciando así su integración social³⁰². Desde este postulado trascendental, se puede y debe poner en marcha una adecuada política jurídica de inmigración de carácter integral con serias y debidas implicaciones jurídico-protectoras para el colectivo de personas inmigrantes extranjeras. A partir de aquí se estará en condiciones de repensar el vínculo entre extranjería, inmigración, trabajo y ciudadanía para que se deje de plantear el interrogante de si éstas son los protagonistas – o no- de una nueva cuestión social análoga a la obrera ya superada del siglo XIX.

2.- INMIGRACIÓN Y DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES: RECONOCIMIENTO, INCLUSIÓN Y CIUDADANÍA

En el marco del Estado social de Derecho y de la relevancia en su seno de los derechos humanos fundamentales, para el colectivo de personas extranjeras inmigrantes, el sentido y alcance de los derechos sociales fundamentales se constituye -no sin paradojas y dificultades- en piedra angular para su efectiva integración social,

³⁰¹ Defensa de esta evolución compartida con MOLINA NAVARRETE, C., “El nuevo papel de las Comunidades Autónomas en la gestión de la inmigración económica extranjera: el caso andaluz”, en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, AA. VV., MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), Litorialia, Jaén, 2009, pp. 85-86.

³⁰² ROJO TORRECILLA, E., “La inmigración: nuevo fenómeno, nueva realidad, nuevos retos para las políticas de ocupación”, en *Inmigración y derechos de ciudadanía*, AA. VV., PINYOL, G. (coord.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, p. 81. MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., “La gestión de la inmigración económico-laboral en el horizonte del nuevo Estado social autonómico: problemas y respuestas”, en *Gestión de la diversidad y políticas migratorias. Modelos de integración sociolaboral en España*, AA. VV. MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (coords.), Laborum, Murcia, 2009, p. 18.

reconocimiento y disfrute de las condiciones propias e inherentes a una ciudadanía plena.

2.1.- LA INMIGRACIÓN: UN DESAFÍO PARA LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

En las sociedades contemporáneas, los flujos migratorios conforman un hecho social con consecuencias y efectos directos sobre la estructura y realidad económica, política, social y/o jurídica –como ya se ha apuntado- del Estado concreto que se trate, más allá de si los mismos son de emigración o de inmigración. Es decir, independientemente se trate de la salida o entrada de un número concreto de personas de su comunidad, atendiendo a motivaciones y justificaciones de distinto carácter relacionadas de un modo claro con circunstancias personales ligadas a motivos económico-laborales, personales y/o políticos. Pero, sobre ello, necesaria y obligatoriamente tiene que imperar una objetividad muy clara y evidente -sobre todo para el caso concreto de la inmigración-, que, sin embargo, frecuentemente es olvidada por todos los agentes directamente relacionados e implicados con estos movimientos de población: los protagonistas son personas humanas con proyectos de vida, no mercancías ni objetos que se puedan utilizar según conveniencia e interés más favorable, por más que desde la estricta perspectiva socioeconómica así sea. Son personas con derechos que aspiran al pleno desarrollo de su personalidad y no seres económicamente útiles. Un límite jurídico infranqueable ante esta última posibilidad – independientemente a que en muchos casos los intereses estatales nacionales e incluso supranacionales intenten mercantilizar a las personas atendiendo a las propias necesidades³⁰³- lo constituye el estatuto de derechos humanos fundamentales de la persona, muy especialmente los de carácter social.

³⁰³ Han sido y son constantes las referencias en la ordenación jurídico-legal española de la inmigración la presencia de expresiones claramente alusivas a situaciones de *coyunturalidad* y *necesidad*, como *capacidad de acogida* o *necesidad del mercado de trabajo*. Muestra de ello, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

En este contexto, la presencia de personas inmigrantes extranjeras en la sociedad española se ha convertido en todo un desafío para la plena vigencia universal de los derechos humanos de las personas, sus pretensiones, implicaciones y efectividad. Es así porque el conjunto de acciones y medidas de carácter jurídico-político dirigidas a la regulación del acceso, presencia, integración e incluso retorno de estas personas³⁰⁴ en la sociedad y comunidad a la que llegan y en la que se hallan, en unos casos materialmente –con marcos de referencia jurídico-políticos confusos- han afectado a los derechos humanos vulnerándolos y, en otros casos, formalmente, así lo han hecho afectando incluso al contenido esencial de éstos en su traslación y expresión de derechos humanos fundamentales en el seno de los ordenamientos jurídicos nacionales³⁰⁵.

Pese a ello, la plena vigencia y efectividad de los mismos es el canon y óptica esencial desde la que se debe de tratar la realidad social de la inmigración en sus distintas perspectivas. Clara ha sido al respecto la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Uno de los objetivos enumerados en su exposición de motivos fue, precisamente, la fijación de un marco de derechos y libertades de los extranjeros garante del ejercicio pleno de los derechos fundamentales. Así, tanto para la categoría de los derechos humanos como para las propias personas extranjeras inmigrantes, la realidad social de la inmigración constituye la prueba de su eficacia formal y material, *de iure* y *de facto*.

Sin embargo, el punto de partida para ello ya de por sí supone una dificultad formal sobreañadida, susceptible de ser superada materialmente mediante una adecuada

³⁰⁴ Ante la situación de crisis económica desembocante en una crisis de empleo experimentada en España a finales de la primera década del presente siglo, con carácter de urgencia se reguló jurídico-legalmente un plan de retorno voluntario para los inmigrantes extranjeros en situación administrativa regular presentes en la sociedad española, pues este colectivo se vio seriamente afectado por la destrucción de empleo quedando así en riesgo serio de exclusión. A tal fin se aprobó el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen; y el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, de desarrollo del anterior. Ambos son analizados en el capítulo III.

³⁰⁵ Significativo fue, para el caso español, la violación del contenido esencial y ejercicio de los derechos sociales fundamentales de libre sindicación y huelga producido por la Ley Orgánica 8/2000, ya que – como después se analizará- su ejercicio estaba condicionado a la posesión de las autorizaciones administrativas. Una situación que planteó recursos de inconstitucionalidad resueltos favorablemente en las SSTC 236/2007 y 259/2007 y posteriormente en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

y lógica interpretación de conjunto. Y es que la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 13.2 establece literalmente que *toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*. De un modo implícito –no explícito al no establecer textualmente un derecho a emigrar- queda configurado y reconocido internacionalmente como derecho humano el derecho de toda persona a emigrar. Pero, sin embargo, ni explícita ni implícitamente se encuentra el derecho humano a inmigrar, a llegar como persona inmigrante tras ejercer el derecho a emigrar a una determinada sociedad y comunidad de un país³⁰⁶. Se está ante un derecho humano fundamental inconcluso porque desde una lógica garantista simétrica de efectividad, el derecho a salir –emigrar- no encuentra el correlativo derecho a entrar –inmigrar-³⁰⁷. No existe la obligación formal por parte de los poderes de los Estados escogidos por estas personas para continuar su proyecto vital de acogerlas en el seno de sus sociedades y comunidades, con las lógicas excepciones –y minoritarias en relación al volumen total de personas inmigrantes- del caso concreto de los asilados y refugiados³⁰⁸.

³⁰⁶ Exponiendo el posible distinto sentido y alcance de este derecho en el ordenamiento internacional, *vid.*, VALDUEZA BLANCO, M^a D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 51-55; ZANFRINI, L., *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, Laterza, Bari, 2007, pp. 57-60. Relacionándolo con la inmigración económico-laboral, se ha defendido que este derecho es inherente a la dignidad humana, e implica el deseo legítimo de buscar y lograr el bienestar y el desarrollo personal, USHAKOVA, T., “Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea”, cit., p. 123.

³⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 22-23. En esta dirección y en relación a que uno de los límites al control de las fronteras lo constituye los derechos fundamentales, se defiende el completar este artículo tanto con el derecho a quedarse en cuanto permanencia en un sitio en condiciones dignas y no verse forzado a emigrar, como el de inmigrar a otro país y buscar en él nuevos planes y oportunidades vitales, PISARELLO, G.: “¿Por qué escribir sobre inmigración?”, en *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, AA. VV., TORRES, M., SEUBA, X., APARICIO, M. PISARELLO, G. y VALIÑO, V. (coord.), Icaria, Barcelona, 2006.

³⁰⁸ Estos casos concretos, han sido denominados por un sector de la doctrina *iusfilosófica* más consolidada como *falsa o forzada inmigración*, en la que resaltan sobre todo los aspectos el carácter humanitario y solidario de las mismas, DE LUCAS, J., “Política de inmigración: 30 propuestas”. *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 121, 2002, p. 32. En conexión con ello, desde la doctrina *iusconstitucionalista*, se considera al derecho a emigrar como contradictorio *conscientemente*, pues se argumenta que el mismo está pensado para la facilitación de la marcha de personas perseguidas por regímenes autoritarios sin llegar a establecer una obligación correspondiente a la libre entrada en los Estados, AJA, E., “Introducción: el marco general de los derechos de los inmigrantes”, en *Los derechos de los inmigrantes en España*, AA. VV., AJA, E. (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 11-12. Desde la perspectiva de la pertenencia política a un Estado-nación y respecto al colectivo de refugiados y asilados, *vid.*, DAVIDSON, A., “Ciudadanía y migración: ¿Derechos para aquéllos sin pertenencia?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, pp. 35-53.

Sin embargo, paradigmáticamente y desde una concepción material, el derecho a inmigrar –a ser inmigrante- existe, porque las personas –partiendo del anterior, del derecho a emigrar- correlativamente así lo entienden y lo llevan a la práctica, por más que el mismo se encuentre en un momento prematuro de cara a su reconocimiento formal y configuración histórica en el marco de la evolución y adecuación de los derechos humanos a los tiempos actuales³⁰⁹. Ante esta falta de regulación jurídico-normativa de este derecho, el mismo depende de su concreción en el interior del ordenamiento jurídico –legal y constitucional- de los distintos Estados, para lo que la política inmigratoria individualizada –en posible y debida concordancia con otra a nivel supranacional, como es el caso de España y de los restantes países miembros de la Unión Europea con respecto a ésta- será la que fije el alcance de este derecho atendiendo a las pautas que marque para la gestión y ordenación jurídico-política de la inmigración. Ahora bien, más allá de la misma, a día de hoy el mínimo infranqueable que debe de respetarse para el alcance de estos derechos –emigración e inmigración- deriva de la consideración de ambos –uno formal y otro material- como humanos universales con un marcado carácter de libertad –emigración, opción libre de emigrar- y de prestación, igualdad y solidaridad –inmigración, ser acogido de forma decente para con el respeto de la propia dignidad humana-³¹⁰.

Paradigmáticamente, en el marco del Estado social autonómico español, la Constitución Española en el artículo 149.1.2 establece que *inmigración y extranjería* son competencia exclusiva del Estado, lo que supone desde el formalismo jurídico más estricto la atribución al Estado español de la competencia única en materia de derecho de la inmigración y derecho de extranjería, cuyo alcance material se analizará

³⁰⁹ En este sentido y desde una concepción amplia en relación a lo ya apuntado, el derecho a inmigrar consiste en el derecho de cualquier ser humano a fijar su residencia en el país de su elección y a desarrollar en él una actividad profesional que le permita tanto su subsistencia como la de los familiares que de él dependan, ALARCÓN CARACUEL, M. R., “El derecho a inmigrar”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, AA. VV., CASAS BAAMONDE, M^a E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (coords), cit., pp. 505-506. IBÍDEM, “Protección social de los extranjeros extracomunitarios en España: regulares versus irregulares”, en *La protección social de los extranjeros en España*, AA. VV., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 124-125.

³¹⁰ Reconociendo el derecho a la inmigración como un derecho social y el derecho a emigrar como un derecho de libertad, MOLINA NAVARRETE, C., “La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: claves de gestión de la diversidad cultural”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía. Balance y perspectivas de futuro*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Litalia, Jaén, 2009, p. 48.

específicamente en un epígrafe posterior. Por tanto, una laguna jurídica en el reconocimiento de este derecho que se confirma también -en esta dirección y al mismo nivel internacional- cuando en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se distingue entre inmigrantes legales e ilegales –regulares e irregulares- en la atribución de derechos; o en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando fija que la concreción de los derechos sociales de carácter laboral en él establecidos quedará sujeta al caso concreto de cada Estado. El resultado es que el derecho humano fundamental a emigrar se transforma y da paso a un derecho de los Estados a decidir -fruto de esta política inmigratoria- las personas nacionales de terceros Estados a las que se les autorizará para entrar y permanecer en el mismo siendo inmigrante. Así se anula y limita no sólo este derecho material, sino que también se establece la posibilidad de hacer precarios y condicionar el resto de derechos humanos fundamentales.

Sin embargo, un modelo jurídico-constitucional limitador de un posible arbitrio en la atribución de la titularidad y el ejercicio de los derechos humanos fundamentales realizante de los mismos y su importancia, lo constituye el caso español a través del artículo 13.1 de la Constitución en relación con el 10.2 de la misma³¹¹. En conjunto se afirma en ellos, en primer lugar, que los extranjeros poseen en nuestro país las libertades públicas que garantiza el título primero de la misma –*de los derechos y deberes fundamentales*- en los términos establecidos por los tratados y la ley; y, en segundo lugar, la interpretación en base a la que las normas relativas de los derechos fundamentales y las libertades reconocidas constitucionalmente se tienen que interpretar atendiendo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre los mismos ratificados por España. Fruto de esta lectura e interpretación de conjunto³¹², la extranjería queda constitucionalizada y la inmigración

³¹¹ El artículo 13.1 establece que *los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley*. Por su parte, el artículo 10.2 fija que *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*.

³¹² Una interpretación individualizada del artículo 13 demostraría una doble técnica reguladora en la delimitación del estatuto de derechos fundamentales de los extranjeros: una *regla general* de atribución de tales derechos a los extranjeros sobre el principio de equiparación limitada por su carácter selectivo y dimensión condicionada; y una *regla excepcional* de reserva a favor de los españoles de ciertos derechos de ciudadanía política. Así lo afirman MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”, en *Comentario a la*

así lo hace también por extensión, por su vertiente relacionada directamente con el derecho de extranjería –personas extranjeras en su condición de trabajadoras con un estatuto de derechos-.

Desde la perspectiva técnico-jurídica, este estatuto de derechos humanos fundamentales de las personas inmigrantes extranjeras se encuentra constitucionalmente protegido en sus contenidos esenciales, básicos y definidores frente al legislador nacional configurador del mismo -atendiendo a las políticas jurídicas de control y ordenación de flujos migratorios-. Es así porque el conjunto de derechos que lo conforman tienen la catalogación y consideración de derechos humanos fundamentales directamente conectados y relacionados con la dignidad humana en cuanto valor y principio esencial a proteger nacional e internacionalmente³¹³. Atendiendo a este planteamiento, tanto la condición humana es la que prima como la efectividad de la extensión por igual en titularidad y ejercicio de los derechos –ligada claramente a su universalidad- a las personas inmigrantes extranjeras más allá de su condición administrativa. En este sentido, la interpretación conjunta de los artículos constitucionales 10.2 y 13.1 implica la conexión y la integración en el ordenamiento jurídico nacional y el respeto por éste de un estándar universal de reconocimiento y protección de los derechos humanos fundamentales para todos. En los derechos definidos, recogidos constitucionalmente y desarrollados legalmente, rige una igualdad de trato y no discriminación entre nacionales y/o comunitarios y extranjeros inmigrantes -enlazadas directamente con la dignidad humana en cuanto fundamento de los mismos-. Al no existir para éstos a nivel internacional cláusulas antidiscriminatorias generales respecto a la titularidad y ejercicio por razón de nacionalidad³¹⁴, lógica y consecuentemente no las puede haber a nivel jurídico-legal³¹⁵.

Constitución socio-económica de España, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N. (dirs.), cit., pp. 207-208. Monográficamente, sobre este artículo, VIDAL FUEYO, Mª C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 36 y ss. Más general, sobre los problemas interpretativos derivados de este artículo, IBÍDEM, “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución española”, en *Los derechos de los inmigrantes en España*, AA. VV., AJA, E. (coord.), cit., pp. 28-35.

³¹³ GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 44-48.

³¹⁴ Paradigmáticamente, el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social,*

Desde esta perspectiva igualitaria, tanto los derechos humanos fundamentales mismos como su política concreta que esté llamada a decidir sobre la oportunidad de positivizar aquellos valores fundamentales para el orden de convivencia formalizados jurídicamente en la Constitución, constituyen los elementos esenciales desde los que reconsiderar y/o profundizar en el orden político-social interno de cada uno de los Estados, más en el sentido propio de comunidad que en el de asociación³¹⁶. Una comunidad caracterizada por la prevalencia de una identidad colectiva total sobre la de las partes con fundamento esencial en una idea de bien común y relaciones igualitarias, al reconocerse cada cual como miembro integrado en y perteneciente a la colectividad que conforma; frente a la asociación, concebida como la agregación individual de personas en el seno de la sociedad en la que predomina una voluntad racional e

posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. Además, el artículo 7 de la misma establece que Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Por su parte, el artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos afirma que *1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Y, 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.*

También en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establece que *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

E igualmente, el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, prohíbe la discriminación: *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

³¹⁵ Vid., al respecto, ESTEVE GARCÍA, F., “Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbitos de aplicación y efectos jurídicos”, en *Los derechos de los inmigrantes en España*, AA. VV., AJA, E. (coord.), cit., pp. 51 y ss.; AGUELO NAVARRO, P., “Derechos humanos y legislaciones de extranjería”, en *Inmigración y derechos humanos*, AA. VV., FERNÁNDEZ SOLA, N. y CALVO GARCÍA, M. (coord.), Mira, Huesca, 2001, pp. 222 y ss.

³¹⁶ RUIZ VIEYTEZ, E., *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 480-481.

instrumental anudada a fines sujetos al interés personal –principalmente intercambio de bienes y servicios-³¹⁷. En este sentido, la igualdad –no sólo formal sino también material- como principio y como valor es la clave desde la que se ha de repensar, reinterpretar y atender a los derechos humanos fundamentales en el seno de cada uno de los Estados en su conexión con su consustancial dimensión universal e internacional. Estos no se deben de replegar ante la identidad, condición o nacionalidad de la persona. Se atribuyen a todas las personas por igual en el mundo.

Ante la elección del valor de la igualdad por la política de derechos humanos fundamentales en el seno del modelo de Estado social, se trata así de reafirmar y de dejar constancia de que van a ser derechos sociales fundamentales aquellos derechos humanos que así lo sean en la Constitución: derechos subjetivos constitucionales poseedores de un contenido social. Este planteamiento jurídico-político tiene un carácter netamente social ante el que los derechos sociales como derechos humanos son la clave sobre la que cimentar la regulación jurídica y política de la presencia de personas extranjeras inmigrantes, en virtud de su propia e intrínseca naturaleza y función. Y es que no es suficiente la promulgación de leyes reguladoras y configuradoras de derechos: pues la igualdad de derecho no conduce por sí sola a la igualdad de hecho. Es entonces cuando los derechos sociales fundamentales necesitan ser considerados desde la práctica, desde la propia acción de éstos en la cobertura de necesidades vitales básicas, con lo que coherentemente en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales se alude al concepto de igualdad sustantiva.

Por tanto, la igualdad, la universalidad y el carácter internacional expresados hace que una declaración, pacto o convenio de derechos constitucionalmente garantizada deba de ser considerada un conjunto de poderes jurídicos dotados de plena

³¹⁷ Estos son los rasgos esenciales diferenciadores entre comunidad y asociación para el sociólogo alemán Ferdinand TÖNNIES, a quien se debe el origen de la distinción conceptual entre ambos términos. *Vid.*, TÖNNIES, F., *Comunidad y asociación*, Comares, Granada, 2009, pp. 5-70; IBÍDEM, *Principios de Sociología*, Comares, Granada, 2009, pp. 16-17. Profundizando en los planteamientos político-jurídicos y el alcance de esta distinción *vid.*, respectivamente, los estudios preliminares a estas obras de la misma editorial y año por parte de MONEREO PÉREZ, J. L., “La interpretación de la modernidad en Tönnies”, pp. XVI-XXVII, y “La Sociología como crítica social: la aportación de Ferdinand Tönnies”, pp. XXXI-XLVI. Atendiendo a esta distinción y, sobre todo, a los de la comunidad, se superaría el pretendido derecho –expresado por la doctrina- de toda comunidad a preservar su identidad y su supervivencia como grupo, DE LUCAS, J., “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), Dykinson, Madrid, 2006, p. 73.

operatividad³¹⁸. Sólo así, comúnmente, los Estados fundamentarán su orden político, jurídico y constitucional en derechos reconocidos en titularidad y ejercicio universalmente y en igualdad para todas las personas, debiéndose inspirar en el momento presente y reconsiderar en el futuro su orden jurídico-político bajo esta perspectiva.

Es este el trasfondo político-jurídico del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales –más concretamente de los derechos sociales fundamentales– en términos de garantías jurídicas; es decir, los derechos sociales fundamentales en sentido técnico-jurídico. Ante esta universalidad desprendida como carácter intrínseco de los derechos humanos fundamentales, si se produce la negación o la restricción de éstos para las personas inmigrantes extranjeras, se está vulnerando una de las premisas básicas de la modernidad, como es la universalidad de los derechos. Así pues, el hecho y realidad social de la inmigración plantea un desafío para los derechos humanos, su universalidad y su institucionalización.

2.1.1.- El paradigma de su universalidad: las personas inmigrantes

Como ya se ha manifestado, en clara consonancia con la ausencia formal de un derecho humano a ser inmigrante simétrico al derecho a emigrar, corresponde a cada uno de los Estados la ordenación y regulación jurídico-política de la inmigración extranjera. La misma ha configurado un régimen jurídico de las personas inmigrantes extranjeras en base a la distinción y confrontación con respecto a las personas nacionales y/o comunitarias atendiendo, incluso, a situaciones administrativas de las primeras. La subordinación a los intereses nacionales por parte del poder público en la ordenación y regulación de la entrada, presencia, integración y salida –o retorno– de estas personas ha conllevado que, los mismos, supongan una afectación directa al

³¹⁸ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L., “Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica”, estudio introductorio a la obra de JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. IX; IBÍDEM, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 13-30. Una solución técnico-jurídica más práctica y eficiente para que concuerden el derecho y la política del derecho que la propia exigencia garantista individualizada y propia de cada Declaración, Pacto o Convenio a nivel internacional, *cfr.*, GAGO GUERRERO, P. F., “Presupuestos para una posible puesta en práctica universal de los Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 111, 2001, p. 72.

reconocimiento de la plenitud de derechos en el sentido de su atemperación o modalización³¹⁹.

Una adaptación que ha encontrado –y encontrará– como límite infranqueable, a modo de estándar mínimo a proteger y reconocer por su universalidad e igualdad, a todo el conjunto de derechos humanos fundamentales que se hallan reconocidos a nivel internacional con carácter inderogable. Es así porque estos constituyen la expresión jurídico-formal de la igual posición de todos los integrantes del género humano y de la dignidad propia de todos los seres humanos, más allá de su condición, nacionalidad o cultura³²⁰. Muestra de ello, como ya se analizó, lo constituye la central y propia Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Estos derechos son reconocidos con carácter internacional bajo la definición técnico-conceptual de derechos humanos y son considerados y definidos en los ordenamientos jurídico-constitucionales nacionales como derechos fundamentales. Paradigmáticamente, en la Constitución española los mismos vienen establecidos en términos generales y sin concretar utilizando expresiones como *todos*, *toda persona*, *se garantiza*, etc., con lo que es de resaltar su implícita universalidad. En cualquier caso, ambos, derechos de la persona sin distinción ni condición alguna y muy especialmente los de carácter social, por la satisfacción de necesidades materiales que vienen a cubrir para el desarrollo de su personalidad, la promoción de la cohesión social y la solidaridad. Una solidaridad que en su conexión con el valor de la dignidad inherente a estos derechos, conlleva la atención debida al reconocimiento real en titularidad y ejercicio de estos derechos sociales fundamentales para con el conjunto de personas de

³¹⁹ Esta realidad constituye la *paradoja de la universalidad*, según la cual todos los seres humanos son titulares de iguales derechos mientras las políticas de inmigración suponen el no reconocimiento o la no adecuada garantía de los derechos de las personas inmigrantes, PÉREZ DE LA FUENTE, O., “Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), cit., pp. 249-252.

³²⁰ *Vid.*, al respecto, BANDRÉS, J. M., “Constitución, derechos fundamentales y multiculturalismo”, en *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*, AA. VV., REQUEJO IBÁÑEZ, J. L. y ORTEGA MARTÍN, E. (dirs.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

la comunidad que no están en situación de igualdad en relación al resto en cualquiera de los ámbitos de la vida social³²¹.

La universalidad de la titularidad y el ejercicio de los derechos sociales fundamentales es esencial para la posibilidad material de satisfacer tales necesidades básicas³²² y, más concretamente, de las personas inmigrantes extranjeras al hallarse en una comunidad, sociedad y Estado diferentes al de origen con todo un proyecto de vida por delante que esperan que sea más digno que el dejado en sus países, para así desarrollar plenamente su personalidad. Los derechos sociales fundamentales para estas personas son la clave de cara a su desarrollo vital digno perseguido con la emigración, partiendo de las iguales y propias capacidades de realización y derechos de las personas³²³. Es la cobertura de las necesidades básicas y la igualdad perseguida por estos mismos la causante de la igualdad en derechos y de capacidades, reforzada e impulsada muy significativamente por su universalidad actuante sobre necesidades específicas concretas de las personas y sus colectivos -paradigmáticamente, inmigrantes-.

La clave interpretativa básica y esencial del límite infranqueable expresado reside en el hecho de que los derechos humanos fundamentales –en su formulación internacional y su posterior traslación a los ordenamientos jurídicos nacionales- pretenden y tienen la voluntad y consecuencia principal de implantar una ética universal igualitaria en y sobre la condición de la persona humana, superadora de todo tipo de configuraciones técnico-jurídicas y planteamientos político-jurídicos implicadores de contenidos y alcances distintos a los manifestados, hasta el punto de desestructurarlos al quedar sometidos a un orden universal jurídico-ético superior. Esta ética universal

³²¹ DE ASÍS, R., “Derechos Humanos, inmigración y solidaridad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 2003, pp. 6-7.

³²² Sobre su noción atendiendo a las dimensiones, factores o elementos que las integran, AA. VV., *Lecciones de Derechos Sociales*, AÑÓN ROIG, M^a J. y GARCÍA AÑÓN, J. (coord.), cit., pp. 95-105.

³²³ Desde la perspectiva del enfoque de las capacidades como complemento del enfoque de los derechos, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 143 y ss.; MONEREO ATIENZA, C., “El enfoque de las capacidades para medir la igualdad en el bienestar. Capacidades, género y derechos económicos, sociales y culturales”, en *Género y derechos fundamentales*, AA. VV., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2010, pp. 353 y ss.

igualitaria³²⁴ fundada en un conjunto de rasgos a preservar inherentes a la propia condición humana y, por tanto, su igualdad, muestra su dimensión jurídica en los derechos humanos fundamentales de la persona. Éstos se hacen totalmente incompatibles con la atención a la diferencia y/o discriminación infundada atendiendo a la condición, nacionalidad, etc., de la misma. Así, formal y materialmente, universalidad e igualdad no sólo son totalmente compatibles, sino que también se encuentran fuertemente entrelazadas: universalidad significa igualdad en el reconocimiento de derechos humanos fundamentales –muy específicamente los de carácter social³²⁵- y viceversa.

Partiendo de esta premisa ética-jurídica y de la consideración -por encima de todo y como *mínimum*- de la universalidad de los derechos humanos fundamentales, son éstos los que necesaria e imperiosamente se tienen que tomar por los ordenamientos jurídico-nacionales de los Estados como el pilar esencial al que atender en la regulación jurídico-política de la inmigración extranjera, tanto a nivel constitucional como legal. Más concretamente, sólo así los derechos sociales fundamentales se constituirán en el núcleo de la justicia de cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales³²⁶, reafirmandose, pues, su carácter absoluto. Una justicia, por ende, universal y social en la que todas las personas han de tener iguales derechos humanos en el marco de una comunidad en la que el valor de la solidaridad social sea eje y fundamento -junto a los anteriores- de unas reglas de conducta comunes respecto a los marcos político-jurídicos estatales superadores de particularismos justificadores de razones de pertenencia o exclusión a una determinada sociedad con fundamento en la propia nacionalidad o cultura³²⁷.

³²⁴ Vid., al respecto, DE ASÍS ROIG, R., “Derechos humanos: integración y diferenciación”, en *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*, AA. VV., MARCOS DEL CANO, A. M^a (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp.31-34; GAGO GUERRERO, P. F., *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional*, cit., pp. 138-152.

³²⁵ DE LUCAS, J., “Los derechos sociales en tiempos difíciles. (Para una discusión genuinamente radical de los derechos sociales)”, en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, AA. VV., ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M^a I. (eds.), cit., pp. 170-173. FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Valencia, 2003, pp. 36-43.

³²⁶ En este sentido, CAMPOY CERVERA, I., “El debate sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), cit., p. 9.

³²⁷ En este sentido y concretamente respecto al valor de la solidaridad social, GAGO GUERRERO, P. F., “Presupuestos para una posible puesta en práctica universal de los Derechos Humanos”, cit., p. 85;

Desde esta perspectiva, las personas –en su condición de inmigrantes extranjeras inmigrantes- quedan incorporadas e integradas en un sistema universal de derechos humanos fundamentales protectores independientemente al lugar de nacimiento, sociedad de origen o comunidad en la que se encuentren. Adquiere así relevancia significativa la prioridad a nivel internacional por el respeto de los derechos humanos de toda persona. Los inmigrantes extranjeros tienen derechos ante todo por ser personas, más allá de su condición. Por tanto, constituyen en sí una expresión paradigmática de la universalidad de los derechos humanos fundamentales –muy significativamente de los de carácter social- en condiciones de igualdad y respeto para con todas las personas, cuya dignidad humana merece el respeto más absoluto³²⁸.

2.1.2.- La pretensión de la igualdad material: el camino hacia la integración y reconocimiento de las personas inmigrantes

La universalidad de los derechos humanos fundamentales de la persona basada en la igualdad de y entre éstas, lleva aparejada una política jurídica de igualdad universal en la que todas las personas tienen los mismos derechos a modo de estatuto y estándar mínimo. Así, en el punto de partida, las desigualdades entre éstas quedan superadas y eliminadas por una igualdad *a priori* formal por la exigencia de los derechos humanos fundamentales y, *a posteriori*, con el ejercicio de los mismos, material³²⁹. Más aún si cabe, esta última dimensión, para el colectivo de personas inmigrantes extranjeras es muy importante: cuando las mismas ejercen sus derechos, se integran. Por tanto, no es suficiente con el reconocimiento formal de los mismos –si bien es aspecto previo esencial-. De esta manera, no sólo son titulares de los derechos de una ciudadanía plena, sino que también son protagonistas activos de la misma sin

IBÍDEM, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional*, cit., pp. 478-479. DE ASÍS, R., “Derechos Humanos, inmigración y solidaridad”, cit., pp. 6-7.

³²⁸ TERRÁDEZ SALOM, D., “Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos constitucional español y europeo: de la teoría a la realidad”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 15, 2007, p. 89. ROJO TORRECILLA, E., “Inmigración y derechos humanos: retos y perspectivas”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002, p. 57.

³²⁹ GAGO GUERRERO, P. F., *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional*, cit., p. 464. FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, cit., pp. 121 y ss.

discriminación, produciéndose su inclusión en la comunidad y sociedad en la que se hallan.

Desde este postulado, necesariamente, la integración social se debe de entender como un proceso social en el que participan tanto las personas inmigrantes extranjeras como las restantes personas que conforman la comunidad y sociedad en la que se encuentran. Ambas constituyen a ésta en su totalidad. Por tanto, es un proceso social bidireccional que, para su efectividad inmediata en todas y cada una de las estructuras e instituciones sociales básicas –es decir, para el reconocimiento de todas las personas que se hallan en la comunidad y sociedad, más allá de la nacionalidad o condición que presenten- requiere no sólo la titularidad de los derechos humanos fundamentales sin limitación ni sesgo alguno, sino también –y más importante- la plena vigencia de los mismos, su sentido y alcance. Se vinculan así, formal y materialmente, los derechos humanos fundamentales en cuanto derechos de ciudadanía, la igualdad de trato y la no discriminación. Todo ello, en un contexto en el que también desde el poder político se ha de impulsar, fomentar y provocar la conformación y generalización de un espacio de reconocimiento mutuo y recíproco en aras de la consecución real y efectiva de la igualdad en derechos³³⁰, como requisito esencial e inherente a la política de integración social.

Al entenderse así la integración social, en el marco de las sociedades democráticas contemporáneas, carecen de sentido y lógica coherente las propuestas de contratos jurídicos de integración relativos a derechos y deberes³³¹. El derecho no es la herramienta mediante la que se asegura un proceso social como es la integración. Los pretendidos contratos para la misma –puestos ya en marcha en algunos países como Suecia, Dinamarca, Finlandia o Francia- impiden la igualdad material, a la vez que se convierten en un elemento de discriminación para con las personas inmigrantes extranjeras³³²: atendiendo a este contrato, éstas han de superar unos cursos y pruebas

³³⁰ OLIVA MARTÍNEZ, J. D. y BLÁZQUEZ MARTÍN, D., *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 200.

³³¹ En relación a la integración por vía contractual, así como el análisis de varios modelos de la misma implantados en algunos países, SOLANES CORELLA, A., “¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley Autonómica Valenciana 15/2008”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009, pp. 54-61.

³³² PARIZA, L. M., “Derechos humanos de los migrantes y normativa europea: un enfoque global para la política de inmigración de la Unión Europea”, en *Derechos Humanos de las personas migrantes y*

sobre valores, cultura, civismo y ciudadanía –entre otros- que no los han de superar las restantes personas de la comunidad y sociedad que conforman, recayendo así sobre la persona inmigrante la responsabilidad de la integración.

Sobre esta última tendencia político-jurídica, debe de imperar una atención al propio valor, sentido y alcance intrínseco –ya manifestado- de los derechos humanos fundamentales. Éstos deben de ser la piedra angular desde la que la propia legislación y política jurídica tanto de inmigración -y la atención de ésta hacia aquellos- como de integración, debe de abogar por la consecución de una integración social real y efectiva. Sobre ella, se ha de asentar la convivencia de las personas en términos de reconocimiento y pertenencia, derivada de la igualdad jurídica y material en el reconocimiento y ejercicio de los derechos. Una dimensión, por tanto, propia a las sociedades democráticas más avanzadas y su realización efectiva.

2.2.- CIUDADANÍA E INMIGRACIÓN: HACIA UNA CIUDADANÍA PLENA EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD COSMOPOLITA

Partiendo de los derechos humanos fundamentales de la persona y atendiendo a una perspectiva y dimensión jurídico-formal, *stricto sensu*, la ciudadanía es el conjunto de derechos cuya titularidad y ejercicio corresponde a las personas conformadoras de una comunidad política, así como -en estrecha conexión- el conjunto de instituciones jurídico-políticas garantes del ejercicio de tales derechos. Son pues, tres los elementos que la componen: en primer lugar, el propio estatuto de derechos; en segundo lugar, derivado del anterior, el conjunto de responsabilidades resultantes; y, en tercer lugar y como derivación inmediata, el sentimiento de pertenencia a la comunidad que deben generar los mismos³³³.

El núcleo central del concepto de ciudadanía, por tanto, lo constituyen los derechos, junto a la propia pertenencia. Más concretamente y a modo de estándar

reformas normativas, BAYLOS, A., PARIZA, L. M. y MORENO, J. A., Fundación 1º de mayo, ediciones GPS, Madrid, 2010, pp. 42-43.

³³³ CORTINA, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 1999, p. 177.

mínimo, los derechos humanos de carácter fundamental de toda persona. Ya se ha apuntado en el capítulo anterior cómo estos derechos, más allá de su carácter civil, político y/o social, están comunicados y son interdependientes. Así pues, las dimensiones de ciudadanía civil, política y/o social que originan se encuentran igual y lógicamente comunicadas, presentando idéntico carácter interdependiente. Resulta entonces una ciudadanía plena para todas las personas de la comunidad, independientemente a su nacionalidad y condición. Pero, en la misma, la dimensión social es nuclear –los derechos humanos fundamentales de carácter social y la propia ciudadanía social- para la cobertura de las necesidades básicas existenciales y el acceso a bienes fundamentales, dotándose así de contenido la dignidad y la libertad de la propia existencia en aras de un proyecto vital digno que parte de un mínimo de justicia social, de bienestar económico³³⁴.

Con este concepto de ciudadanía y sus elementos, queda configurado el paso y evolución del individuo aislado a la persona sujeto de derechos incluida en una comunidad³³⁵. Formalmente prevalece su carácter de estatuto jurídico sobre el de la implicación política que conlleva. El problema es que, materialmente, en los Estados-nación contemporáneos y soberanos, esta comunidad se entiende como unitaria y homogénea étnica y culturalmente, con lo que nacionalidad y ciudadanía se entrecruzan y relacionan estrechamente hasta el extremo de confundirse, teniendo una consecuencia inmediata: la ciudadanía y el estatus de ciudadano son frecuentemente atribuidos a las personas nacionales de los mismos. La persona sujeto de derechos incluida en la comunidad y sociedad en la que se halla se le reviste de la condición de ciudadano, en dirección un tanto contrapuesta y opositora frente a las también personas sujetos de derechos de otras comunidades y sociedades. Se obvia así y pasa a un segundo plano el

³³⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social”, cit., pp. 20-21. TAYLOR-GOODY, P., *Reframing social citizenship*, Oxford, Nueva Cork, 2009, pp. 3-54.

³³⁵ VELASCO ARROYO, J. C., “Migraciones, ciudadanía y transnacionalismo”, en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA. VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 360 y ss. VIMERCATI, A., “L’immigrazione nell’età dei diritti. Una proposta di riflessione in tema di eguaglianza e libertà”, en *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, AA. VV., Cacucci Editore, Bari, 2007, p. 368. Sobre esta evolución, *vid.*, CORREAS, O., “Los derechos humanos y el Estado moderno. (¿Qué hace moderno al derecho moderno?)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, pp. 271 y ss.

hecho de que todos los ciudadanos son iguales en dignidad –valor central de los propios derechos humanos fundamentales-, más allá de su condición, nacionalidad y cultura.

Actualmente, la nacionalidad es el vínculo jurídico-político definidor de los derechos de ciudadanía de la persona nacional en contraposición al inmigrante extranjero –persona carente de la nacionalidad de la comunidad y sociedad donde se halla- y sus derechos de idéntico carácter. Es así porque los derechos humanos fundamentales de la persona de carácter civil, político y social son los constitutivos de estos derechos de ciudadanía. Como se ha argumentado, aquéllos son atribuidos universal e igualitariamente a todas las personas, con lo que en el seno de las sociedades contemporáneas carece de lógica jurídico-política la dicotomía nacional *versus* extranjero en el aspecto concreto de la titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales de ciudadanía. Esta dicotomía fractura a los propios derechos humanos fundamentales en dos grupos: los inherentes a la persona y los correspondientes a la persona en cuanto miembro de una comunidad política concreta. Si no predomina la igualdad y la universalidad, paradigmáticamente, la ciudadanía se puede transformar en un factor de discriminación frente a las personas inmigrantes extranjeras, ya que, precisamente, son nacionales de otros Estados distintos al que se encuentran con su proyecto de vida migratorio. La ciudadanía plena para con los inmigrantes extranjeros se puede convertir en una suerte de factor de exclusión social³³⁶, entendida ésta muy específicamente y en clara conexión con lo apuntado como el no acceso en su totalidad o limitación a y en los derechos de ciudadanía³³⁷, muy significativamente los de carácter social.

Frente a la misma es necesario repensar el concepto de ciudadanía en términos de inclusión social: una auténtica y genuina ciudadanía de carácter social asentada en la vigencia efectiva de la universalidad de los derechos humanos fundamentales de la

³³⁶ Apuntando a que la exclusión ha formado parte del concepto de ciudadanía desde la perspectiva de que la misma se justifica por medio del vínculo establecido con la nacionalidad, RAMOS QUINTANA, M^a I., “Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”, cit., pp. 17-18.

³³⁷ Insistiendo en la duda sobre la ciudadanía como mecanismo de inclusión social y más como marcador de la pertenencia del individuo a una determinada comunidad política, VELASCO ARROYO, J. C., “Migraciones, ciudadanía y transnacionalismo”, en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA. VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), cit., p. 357. Esta circunstancia ya la vaticinó KELSEN muchos años antes en una de sus obras clásicas, cuando contraponía extranjero frente a ciudadano partiendo de la desigualdad en derechos, KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, con estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., “Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen”, cit., pp. 265-267.

persona, ya sea nacional o extranjera inmigrante. En la misma, la condición de persona predomina sobre la del ciudadano en términos clásicos: se debe de evolucionar tanto hacia la desnacionalización de la ciudadanía, como a la consideración de la sociedad como postnacional –en clara concordancia con el sentido de la globalización en cuanto realidad supresora de fronteras³³⁸. Es entonces cuando se podría afirmar la efectividad de una ciudadanía cosmopolita construida sobre los derechos humanos fundamentales y su universalidad, siendo esta última el medio y la finalidad para el propio reconocimiento de la persona en el seno de la sociedad. Sin embargo, el interrogante presente en esta cuestión -restando así eficacia al planteamiento- es su deficiente juridificación. Es relevante el carácter político-programático que tienen los textos de referencia en los que se reconocen a nivel internacional y a los que se atienen los Estados³³⁹. A contrarrestar esta circunstancia formal ha de ayudar el hecho material de que el territorio pase a un segundo plano y predomine el criterio de residencia –de lugar donde se habite- en la titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales.

La paradoja con respecto a esta situación se encuentra en que, como ya se ha expresado, los derechos humanos fundamentales, por su dimensión universal e igualitaria intrínseca, trascienden los límites de las fronteras y las sociedades de los Estados nación, al ser de todas las personas sin distinción ni condición. La noción de ciudadanía, en cuanto estatuto de derechos de una persona miembro de una sociedad conformadora del pueblo de un Estado-nación, es superada desde la técnica jurídica por los derechos humanos fundamentales, su reconocimiento universal y su traslación a los ordenamientos jurídico-nacionales en igual dirección a través de las constituciones y la configuración legal de los mismos. Todos estos derechos han de inspirar la conformación transversal a todas las sociedades de los Estados de un orden jurídico de derechos humanos de carácter universal que los incluya indistintamente para todas las personas. Si existen problemas respecto a este último aspecto, de ningún modo han de ser de configuración técnico-jurídica interna y sí de interpretación con sustento en una

³³⁸ Al tratarse de desnacionalizar y evolucionar hacia una ciudadanía postnacional, no se daría lugar a un súper estado global, sino que se configurarían unas naciones de carácter plural. Por esto es una sociedad postnacional y no postestatal, ZANFRINI, L., *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, Laterza, Bari, 2007, pp. 64-65. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada”, cit., pp. 17-20.

³³⁹ En relación a esta cuestión, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 5-11.

confusa redacción diferente a los términos precisos y claros de universalidad e igualdad expresados a nivel internacional. Significativo es, al respecto, la relevancia que tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su traslación a los ordenamientos jurídicos nacionales en el caso concreto de los derechos humanos fundamentales de las personas inmigrantes extranjeras, contradiciendo así la lógica de la ciudadanía nacional³⁴⁰.

En clara conexión con ello se debe apostar por el avance progresivo y real hacia una separación del significado e implicaciones de la ciudadanía en su relación directa con la nacionalidad³⁴¹. La propia condición de persona y la dignidad humana deben sustituir a la nacionalidad como criterio para la atribución y ejercicio de derechos humanos fundamentales³⁴². Surge entonces una nueva concepción de ciudadano asociado estrechamente a este conjunto de derechos: el ciudadano universal³⁴³. Éste es una persona en la que prevalece precisamente esta condición –ser persona humana– sobre la propia nacionalidad que presente, con lo que –en clara conexión con lo anterior– pasa a regir el criterio de hallarse, encontrarse y permanecer fácticamente en una determinada y concreta comunidad y sociedad.

Desde estos postulados, repensando la noción de ciudadanía y su caracterización de social e inclusiva, ésta se incluye en el objetivo de avanzar en la consecución de la emancipación y la igualdad social entre todas las personas –nacionales y extranjeros inmigrantes, significativamente–. La ciudadanía reafirma así la condición de pertenencia de los miembros de una comunidad política y determina que los mismos se deben entre

³⁴⁰ ZANFRINI, L., *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, cit., p. 53.

³⁴¹ Esta propuesta es denominada por otros autores como *desnacionalización de la ciudadanía*, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 117 y ss.; VELASCO, J. C., “La desnacionalización de la ciudadanía. Inmigración y universalidad de los derechos humanos”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), cit., pp. 320 y ss.

³⁴² Se debe superar, en este sentido, la que ha sido calificada como *ciudadanización de los derechos*, en cuanto fenómeno que incorpora parte de los derechos civiles, políticos y sociales dentro del ámbito de influencia de un modelo de ciudadanía que vacía de contenido la noción de atribución universal de personalidad como título de atribución y otorga éstos sólo a aquellos que poseen la ciudadanía del país que se trate, *vid.*, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “Constitución del trabajo e inmigración irregular: una articulación necesaria para el reconocimiento de los derechos humanos”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 26, 2011, pp. 56-57.

³⁴³ GAGO GUERRERO, P. F., “Presupuestos para una posible puesta en práctica universal de los Derechos Humanos”, cit., p. 69.

sí la previsión comunitaria de las necesidades socialmente reconocidas, más allá de cuestiones de nacionalidad³⁴⁴.

Desde este presupuesto, el verdadero alcance y sentido de la vigencia universal de los derechos humanos fundamentales de la persona adquiere todo su esplendor y significación político-jurídica. Una ciudadanía plena que, concebida como estatuto de derechos humanos fundamentales de carácter civil, político y social, se transforma en factor de inclusión social debido a su respeto y reconocimiento, superando incluso las diferencias culturales en el marco de un respeto a la diversidad. Así, la inmigración es la causa y fundamento por la cual los Estados contemporáneos receptores de estos flujos de personas se obligan a repensar en los términos propuestos el modo en el que tradicionalmente se ha venido concibiendo por el Estado a la ciudadanía³⁴⁵.

Ante los derechos humanos fundamentales de la persona, la nacionalidad tiene que ceder y replegarse. El elemento que se ha de tomar en consideración para la vigencia de estos derechos conformadores de los derechos de ciudadanía es la residencia fáctica de la persona, el lugar que habita, más allá de su nacionalidad, condición y/o cultura. La ciudadanía, generalizándose, se debe de extender a todas las personas humanas incluidas en un Estado soberano que ha de superar las diferencias identitarias de nacionalidad y/o cultura sobre el fundamento de la convivencia habitual en el seno de su comunidad³⁴⁶. Se origina y tiene fundamento así una ciudadanía postnacional, no postestatal –no se conforma un Estado mundial-.

Teniendo presente este planteamiento adquieren verdadera relevancia las concepciones propias al pensamiento cosmopolita. Más concretamente y atendiendo a los derechos y a la propia concepción de ciudadanía, suponen y conllevan la incorporación de las personas humanas a un sistema global de derechos y obligaciones universales, más allá del lugar donde hayan nacido y del lugar donde residan. Desde una

³⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 166 y ss.

³⁴⁵ En este sentido y dirección, algunos autores apuestan por *desnaturalizar la ciudadanía*, ZANFRINI, L., *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, cit., pp. VII-XIV.

³⁴⁶ Este aspecto sería el fundamento del nuevo *ius domicilii*, VELASCO, J. C., “La desnacionalización de la ciudadanía. Inmigración y universalidad de los derechos humanos”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), cit., p. 335; IBÍDEM, “Migraciones, ciudadanía y transnacionalismo”, en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA. VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), cit., p. 365.

justicia global y universal, se impulsa la reconfiguración interna de unos Estados nación –personas incluidas en su territorio y elementos integrantes de su pueblo- en los que la pluralidad está presente y el respeto a la misma se produce desde las implicaciones, sentido y alcance de una ciudadanía plena en el marco de los propios derechos humanos fundamentales, cuya máxima expresión es el derecho a tener derechos: igualdad y distinción entre personas en una comunidad y sociedad ante la pluralidad humana³⁴⁷.

3.- EL MARCO POLÍTICO-JURÍDICO DE LA INMIGRACIÓN: LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA SOCIOJURÍDICA DE INMIGRACIÓN

La transformación y conversión de la inmigración en una realidad social más – como ya se apuntó-, ha tenido como consecuencia y resultado más inmediato la aparición y progresiva configuración de una política sociojurídica atinente a la regulación de la entrada, presencia y –en determinados casos- retorno de estas personas inmigrantes extranjeras. Todo ello por parte del poder político y jurídico tanto a nivel nacional para el caso concreto español como a nivel comunitario de la Unión Europea, al formar parte España de esta comunidad político-jurídica supranacional e intergubernamental. Dos niveles y dimensiones de la política sociojurídica de inmigración que se van a tratar separadamente, pero que presentan una estrecha relación e influencia desde la perspectiva de la existencia de una dialéctica, de un lado, entre los Estados a nivel internacional por su resistencia formal a ceder competencias en esta materia al formar parte de la soberanía nacional y, de otro lado, la necesidad material de atender a la realidad migratoria conjuntamente debido a su internacionalidad y globalidad.

³⁴⁷ Monográficamente, HELZEL, P. B., *Il diritto ad avere diritti. Per una teoria normativa della cittadinanza*, Cedam, Padova, 2005, pp. XIV y ss.

3.1.- LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN COMUNITARIA: SIGNIFICACIÓN, SENTIDO Y ALCANCE EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA E IMPLICACIONES ACTUALES

Tradicionalmente, la regulación político-jurídica de la inmigración ha sido una cuestión en estrecha relación con la soberanía estatal, junto a otros clásicos y ligados a ella como la política exterior y de seguridad. Los Estados siempre han tratado de regularla de una forma directa, más allá de que en el caso concreto de los países que conforman la Unión Europea sean parte de una región del planeta en su mayoría receptora de inmigración –pero también emisora en el caso concreto de algunos Estados-. Su clásica justificación ha venido siendo que la inmigración extranjera conlleva la entrada dentro de las fronteras estatales de un determinado número de personas nacionales de otros países, con sus consecuencias más inmediatas en la estructura social, económica, política, demográfica, etc., del Estado receptor –sin olvidar el sentido inverso, tales efectos en los países de origen-. En ello inciden dos razones principales siempre argüidas y esgrimidas: por un lado, la propia competencia estatal en relación al velo por la seguridad y el orden público en su interior; y, por otro lado, el hecho de que los mercados de trabajo son en su mayoría mercados nacionales, poniendo barreras en forma de requisitos estrictos –significativamente administrativos– para el conjunto de las personas inmigrantes que llegan para residir y trabajar³⁴⁸.

3.1.1.- Los orígenes de la política inmigratoria de la Unión Europea

Los tratados constitutivos de la Unión Europea ignoraron completamente el tratamiento jurídico-político de la inmigración extranjera basándose en dos motivos: en primer lugar, porque la inmigración no era en aquellos momentos un contenido de gran interés atendiendo a la dimensión económica –y no tanto política– con la que nació la Unión; y, en segundo lugar, porque la inmigración en aquellos años era más un

³⁴⁸ GARCÍA MURCIA, J., “La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, p. 217. En el mismo sentido, GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M^a A., “La distribución de competencias en materia de inmigración”, *Revista Temas Laborales*, Vol. I, núm. 100, 2009, p. 228.

fenómeno que una realidad, pues no tenía nada que ver con las dimensiones que progresivamente adquirió más tarde y, en concreto, en la actualidad. Así pues, en los primeros años de funcionamiento de la Unión Europea -aunque no se denominase como tal- la realidad que imperaba era la de una política jurídica inmigratoria basada en la cooperación interestatal mediante acuerdos y/o tratados bilaterales, de asociación, cooperación, etc. El resultado más inmediato fue el tratamiento y la gestión jurídico-políticas individualizado de la inmigración por parte de cada uno de los Estados, atendiendo a sus particularidades y necesidades concretas. Adicionalmente, se contaba con el apoyo de la puntual colaboración y ayuda basadas en la cooperación de los Estados en la materia con un matiz relevante: su no generalización a todos los miembros que en ese momento constituían la Unión ni en la misma medida entre ellos. Pero es que, además, existía también la posibilidad de la firma de estos acuerdos de distinta naturaleza y carácter con terceros Estados.

Sin embargo, desde el año 1986, con la firma del Acta Única Europea, de forma paulatina los diferentes Estados miembro trataron de aunar esfuerzos con la pretensión de ir consiguiendo progresivamente una común convergencia interestatal y supranacional a nivel comunitario para afrontar la regulación de la cuestión inmigratoria. Destacaron los numerosos grupos, reuniones y comités que acontecieron y se fueron creando en torno a esta fecha. A destacar, como *ad hoc* en cuestiones atinentes y relativas para la inmigración, el Grupo de Trevi -desde una perspectiva policial, se ocupó de la inmigración ilegal-, el Grupo de Rodas -se centró más en la libre circulación de personas- y el Grupo de Palma -su función fue elaborar un informe respecto al establecimiento de un espacio sin fronteras exteriores para permitir la libre circulación de personas-³⁴⁹.

Una de las novedades más relevantes del Acta Única fue la introducción -por medio de su artículo 13- en el artículo 8A del Tratado de la Comunidad Económica Europea, la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Esta novedad tuvo un alcance muy significativo: en pocos años se evolucionó de una libre circulación de trabajadores a una libre circulación de personas, junto a mercancías, servicios y capitales. La imperante -hasta ese momento- dimensión económico-laboral

³⁴⁹ Vid., para una mayor profundidad de cada uno de ellos: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Derecho Comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 18-19.

de la Unión, deja hueco y relevancia a los aspectos políticos e institucionales de la misma³⁵⁰. Se configura y aparece así un espacio sin fronteras interiores para la libre circulación interior que, como contrapartida, conllevó un levantamiento y mayor control en las fronteras exteriores de la Unión. Ambas, con el transcurso de los años se han ido extendiendo, moviéndose y ampliándose cada vez más, tanto el espacio interior como las fronteras.

Fruto de esta situación y de los resultados y consecuencias que para la vida política, económica y social de los países miembros tuvo la libertad de circulación, en 1992, con el Tratado de Maastricht, se percibió la incipiente necesidad de configurar una política inmigratoria común³⁵¹. La situación de las personas extracomunitarias se incluyó en el Pilar de Asuntos de Justicia e Interior, pilar intergubernamental que supuso la consideración de la inmigración como materia de interés común y sobre la que se requería la cooperación de los Estados. Todo ello se completó con el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, por el que se comunitarizaron las fronteras, al suprimirse gradualmente los controles aduaneros y migratorios en las fronteras comunes.

Asimismo, como elemento fundamental, en este Tratado apareció definido el concepto de ciudadanía europea, en su artículo 17.1. Este hecho significó un gran paso en la concepción política y social de la Unión, intentando que los aspectos económicos no fuesen ya los que prevaleciesen en cualquier circunstancia. En contrapartida, se trató de formalizar y reforzar el aspecto político mediante la construcción de un propio concepto de ciudadanía para las personas de los países miembros³⁵². La condición de ciudadano europeo quedó reservada a toda persona que tuviera la nacionalidad de un Estado miembro. Por tanto, la ciudadanía europea no sustituye, sino que complementa a la ciudadanía de cada Estado. El resultado fue que las legislaciones de cada uno de los Estados miembro -diferentes en muchos casos- se ocuparon de regular –y así lo hacen

³⁵⁰ GARCÍA MURCIA, J., “La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea”, cit., p. 220.

³⁵¹ MUÑOZ AUNIÓN, A., *Política migratoria de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 73-118.

³⁵² ZAPATA-BARRERO, R., “Política de inmigración y Unión Europea”, *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 104, 2000, p. 28. El autor alude a que con este tratado se crean dos motores. El motor del euro para la dimensión económica y el motor de la ciudadanía europea para la dimensión política.

hoy en día- el acceso a la ciudadanía de la Unión como estadio posterior o simultáneo a la regulación y acceso a la nacionalidad de su Estado.

Al margen de ello, esta ciudadanía europea, por su propio carácter e implicaciones, pudo –pero no lo hizo- haber resuelto el fundamental aspecto de la universalización de los derechos humanos fundamentales en el seno del espacio europeo, fijando un estatuto de derechos y deberes igual tanto para las personas comunitarias como para las nacionales de terceros Estados o inmigrantes extranjeras. Sin embargo, por su propia definición y por su fundamento estricto en la nacionalidad y no en el lugar de residencia, la ciudadanía europea ni es social ni es inclusiva, sino más bien cívica. No es la primera porque no existe como tal un catálogo de derechos sociales fundamentales universales, ya que el que está vigente es incompleto e insuficiente para traducir en el ámbito de la Unión Europea el sistema de derechos sociales fundamentales que hoy en día quedan consagrados en las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados miembros³⁵³. No es la segunda porque excluye a los extracomunitarios y, ni siquiera, se contempla la posibilidad de la misma para los nacionales de terceros Estados con sus correspondientes autorizaciones y permisos administrativos. Como consecuencia, a lo que verdaderamente ella condujo –y conduce- es a una dinámica en la que se produce una separación efectiva entre los derechos humanos fundamentales y los derechos de los ciudadanos, o entre los derechos básicos y los derechos políticos³⁵⁴. El resultado es que la propia ciudadanía europea está en contradicción con las políticas jurídicas de inmigración de la Unión Europea y sus intenciones, pues no favorece la integración de la persona inmigrante extranjera por no brindar a ésta un tratamiento equitativo acorde a una ciudadanía plena derivada de los derechos humanos fundamentales. La construcción política europea genera exclusión al surgir el ciudadano comunitario frente al extracomunitario –extranjero-, produciendo también una identidad europea frente a la alteridad no europea³⁵⁵.

³⁵³ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 181-182.

³⁵⁴ BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 21.

³⁵⁵ GARCÍA CASTAÑO, F. J. y OLMOS ALCARAZ, A., “La promoción de la plena integración de los extranjeros por parte de las Administraciones Públicas: ¿una protección legal para la construcción de una sociedad multicultural?”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV.,

3.1.2.- La comunitarización de la política de inmigración

Se puede establecer el año 1997, con el Tratado de Ámsterdam, como la fecha en que comienza la comunitarización de la política de inmigración. A partir de la misma y del mismo, se fue forjando progresivamente, con peculiaridades, una política migratoria comunitaria. Como primer paso destacado, se incorporó el Título IV al Tratado de la Comunidad Europea con el nombre de “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, bajo la constitución del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Este espacio supuso que los movimientos de personas en el plano interno fuesen acompañados de un adecuado control de las fronteras exteriores. Se puso de manifiesto así que la política estatal era insuficiente para abordar la inmigración en el contexto de una Europa sin fronteras internas³⁵⁶.

Pero es que además, en el mismo Tratado, en el artículo 63, se hizo referencia a que el Consejo, una vez que entrase en vigor el Tratado, adoptaría en cinco años medidas sobre política de inmigración en una serie de ámbitos. A destacar: sobre las condiciones de entrada y de residencia y normas sobre procedimiento de expedición por cada uno de los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los de reagrupación familiar; respecto a la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales; y en relación a la definición de los derechos y las condiciones de los residentes legales que pretendan residir en otros Estados miembros. Ahora bien, las medidas en conexión con éstos ámbitos no fueron absolutas, sino que los Estados miembros tuvieron capacidad para mantener o introducir disposiciones, siempre y cuando fuesen compatibles con el

MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010, p. 133.

³⁵⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Las políticas de inmigración”, *Revista Tribuna Social*, núm. 133, 2002, p. 16. RAMOS QUINTANA, M. I., “Retos y transformaciones en Europa ante el fenómeno de la inmigración”, *Revista de Derecho Social*, núm. 13, 2001, pp. 121 y ss. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Derecho comunitario de la inmigración*, cit., pp. 155-166.

Tratado³⁵⁷. Por tanto, pese a la comunitarización, quedó patente la vigencia de la competencia individual de los Estados para la regulación de estas materias.

Ya en 1999, en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, en el apartado A de las mismas, existió una referencia explícita a la política común de asilo y de inmigración de la Unión Europea³⁵⁸, en cuanto que a ésta última no se podía dar respuesta por parte de ningún Estado de forma individualizada. Es decir, se abogó por el planteamiento de una política común de asilo e inmigración reforzadora del control de las personas que entrasen en el territorio europeo y que, en virtud de la supresión de las fronteras internas, se permitía su circulación a través de todo el territorio³⁵⁹. Otra de las conclusiones a destacar a las que llegó el Consejo fue la necesidad de garantizar un trato justo a las personas inmigrantes extracomunitarias con residencia legal, basándose en la concesión de derechos y obligaciones comparables a la de los propios ciudadanos de la Unión Europea. Y, por otro lado, la expresa necesidad de intentar una aproximación del conjunto de legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de personas extracomunitarias.

Pese a todos estos avances formales, no se equipararon los distintos ciudadanos -comunitarios y no comunitarios- y se estableció una clara fractura con fundamento en la utilización -en relación a los derechos y obligaciones- del término de comparables, pero no equitativos o, más allá y de un modo correcto, iguales. Asimismo, se solicitó cooperación para que existiese una uniformidad en las legislaciones reguladoras de la extranjería y de la inmigración de cada uno de los Estados, a fin de que las condiciones de acceso y residencia fuesen lo más homogéneas posibles, tratando de evitar mayores facilidades de acceso a la Unión Europea de forma legal por un determinado país que por otro. Quedó patente, de nuevo, la competencia que los Estados seguían teniendo en

³⁵⁷ MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B., “El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, p. 42. MUÑOZ AUNIÓN, A., *Política migratoria de la Unión Europea*, cit., pp. 125 y ss.

³⁵⁸ Se reúnen en un mismo título para su tratamiento conjunto la política de inmigración y de asilo, figuras que DE LUCAS diferencia. Denomina como *falsa inmigración* a la que está constituida por las manifestaciones clásicas del refugio y del asilo, destacando su caracterización o etiqueta de humanitaria. Denomina *verdadera inmigración* a la económico laboral, la de los trabajadores. DE LUCAS, J., “Política de inmigración: 30 propuestas”, cit., pp. 33–34.

³⁵⁹ ESTEVE, F. e ILLAMOLA, M., “Estudio del marco jurídico europeo de la inmigración y su vinculación con el mercado de trabajo”, en *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, AA. VV., ROJO TORRECILLA, E. (Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 65.

esta materia, por mucho que se fuese intentado formalmente comunitarizar la política al respecto.

En cualquier caso, a nivel más general, de Tampere surgieron una serie de medidas fundamentales que –a grandes rasgos- supusieron afrontar la inmigración desde una perspectiva común y no sólo desde el punto de vista económico–laboral de las personas inmigrantes extranjeras que llegan a la Unión Europea y sus repercusiones. Así pues, se pretendió: una colaboración con los países de origen de los inmigrantes, para que también se beneficiasen de la mejor forma posible de la actividad de sus emigrados y de los gobiernos de los países a los que llegasen; un sistema europeo de asilo y de estatuto de asilado comunes y uniformes; el asegurar un trato adecuado justo a los no comunitarios con residencia legal en el territorio de la Unión; y una gestión adecuada y conjunta de los flujos migratorios entre terceros países y Estados de la Unión, que permitiese tanto mejorarla como el desmantelamiento de las redes de traficantes de seres humanos³⁶⁰. Esta fue la esencia –aún mantenida pero adaptada a los tiempos actuales- de la política de inmigración establecida y programada en Tampere para el período de 1999 a 2004.

De resaltar es que, en el contexto político-programático advertido, se proclamó solemnemente el 7 de diciembre del año 2000 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ésta, reconociendo un amplio catálogo de derechos articulado sobre los valores de la dignidad, la igualdad, la libertad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia, atribuye derechos enmarcados y fundamentados en los mismos de un modo universal –toda persona física o jurídica-, con la excepción muy significativa –pero a la vez en clara concordancia con la noción de ciudadanía europea- de los derechos de ciudadanía del capítulo V, supeditados, en este caso, a la ostentación por parte de la persona de la nacionalidad de un Estado miembro. Se excluye de los mismos, por tanto, a las personas inmigrantes extranjeras. Este hecho es un error político con consecuencias sociojurídicas discriminatorias sobre el estatuto de derechos de las personas nacionales de terceros Estados. Supone la adopción de un enfoque excluyente de los derechos de ciudadanía del estatuto de derechos de las personas

³⁶⁰ESTEVE, F. e ILLAMOLA, M., “Estudio del marco jurídico europeo de la inmigración y su vinculación con el mercado de trabajo”, en *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, AA. VV., ROJO TORRECILLA, E. (coord.), cit., p. 75.

extracomunitarias con fundamento en la identidad nacional de cada Estado miembro³⁶¹. Dentro de los derechos de ciudadanía, de resaltar es la exclusión en su atribución para los inmigrantes extranjeros de la libertad de circulación y de residencia, salvo que se conceda según lo dispuesto y previsto en los tratados constitutivos, siempre y cuando residan legalmente – *ex* artículo 45.2 de la misma-.

Fracturando aún más y limitando la *a priori* universalidad de la Carta, en conexión con lo apuntado, también se encuentra una contradicción muy significativa en los derechos englobados en el capítulo de la dignidad: en el caso de la libertad profesional y el derecho a trabajar –artículo 15-, en su apartado primero, se establece la universalidad del derecho al trabajo de toda persona, sin restricción alguna con fundamento en la nacionalidad. Mientras que en el apartado tercero, claramente, se especifica que, para el caso de los trabajadores inmigrantes extranjeros, sólo aquellos autorizados a trabajar tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes – paradigmáticamente, no iguales- a las que disfrutaban los ciudadanos de la Unión. Este matiz de gran calado implica una limitación no sólo formal, sino lo que es más importante, material, a la efectividad y ejercicio del universal derecho a trabajar³⁶², existiendo en su seno una contradicción limitadora de su sentido y alcance entre titularidad y ejercicio en el desarrollo del mismo por parte de las personas ilegales –en situación administrativa de irregularidad- nacionales de terceros Estados. Atendiendo a este marco, la situación en el trabajo para las personas extranjeras en situación de ilegalidad –irregularidad administrativa- puede dar lugar a condiciones de trabajo abusivas en las que estén presentes la discriminación en términos relevantes y negativos –atendiendo al artículo, incluso la puede justificar el empleador- con fundamento en la nacionalidad y en la situación de legalidad o ilegalidad de la persona. Se pueden ver vulnerados, así, fácilmente los derechos humanos fundamentales en el trabajo, pues las condiciones laborales pueden atentar contra la dignidad humana.

³⁶¹ Esta circunstancia supone un verdadero retroceso en la concepción formal y material de carácter político de la Unión Europea, pues ésta se asienta en valores y principios propios de sociedades abiertas y no en límites de identidades nacionales y culturales incompatibles entre sí, PARIZA, L. M., “Derechos humanos de los migrantes y normativa europea: un enfoque global para la política de inmigración de la Unión Europea”, en *Derechos Humanos de las personas migrantes y reformas normativas*, BAYLOS, A., PARIZA, L. M. y MORENO, J. A., cit., p. 44.

³⁶² MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., p. 228.

Lo establecido en esta Carta, con los aspectos relevantes manifestados, ha incrementado su alcance desde diciembre de 2009, al pasar de ser una mera declaración política de derechos a tener el mismo valor jurídico que los tratados –como ya se apuntó-. El resultado –más significativamente aún si cabe para los aspectos anteriores destacados críticamente- es que las instituciones, órganos y organismos de la Unión y sus Estados miembros han de respetar los derechos y libertades fundamentales siguiendo las directrices establecidas en la misma. Por tanto, las incongruencias y deficiencias técnico-jurídicas que posee, podrán extenderse, aplicarse y hacerse efectivas individualizadamente en los Estados. Ahora bien, yendo más allá de estos aspectos puntuales, se ha de ser conscientes del modo de reconocimiento universal de los derechos fundamentales adoptado por la Carta y que se ha de seguir.

Tras cinco años de vigencia del Programa de Tampere, en 2004 le sucedió el programa de La Haya, vigente desde la fecha anterior hasta finales de 2009, titulado “Consolidación de la libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”. En el mismo, al margen de la perspectiva de seguridad imperante, tomando como referencia lo ya establecido y conseguido, se postuló atendiendo a la realidad que ya constituía la inmigración en las sociedades de los países miembros de la Unión, la necesaria valoración positiva que se debía de hacer de la presencia de inmigrantes extranjeros y de su aportación para el futuro, ante lo que se incitaba a los miembros de la Unión a la adopción de medidas facilitadoras de la integración social, cultural y política. En todo ello el trabajo, el empleo, la actividad laboral, adquiriría gran importancia. Se configuró no sólo como el elemento central y definidor de los flujos migratorios ante las necesidades de los mercados de trabajo nacionales y en base a las cuales se debía de articular, sino también como elemento de integración en la sociedad de acogida. En definitiva, un modelo de política de inmigración comunitaria ordenada atendiendo principalmente a la perspectiva laboral sin desconectar con la perspectiva de seguridad del anterior.

Por su parte, en el año 2004, en el fallido Tratado Constitucional por el que se establecía una Constitución para Europa, la política de inmigración quedaba enmarcada en el conjunto de materias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, estando configurada como una política comunitaria con unos objetivos y medidas relativas a su consecución centrada en dos aspectos ya advertidos –tanto explícita como implícitamente- a lo largo de todo el proceso de comunitarización: la entrada de

personas de procedencia distinta a los Estados miembros y la estancia en el seno de la Unión de estas personas, de las que siempre se pretendía que fuese regular o legal³⁶³. Sin embargo, pese a que no entró en vigor este Tratado por el voto negativo dado al mismo en algunos Estados miembros y por el paréntesis político e institucional que sufrió la Unión³⁶⁴, esta circunstancia no dejó de ser óbice para que esta política de inmigración siguiese en marcha y se continuasen adoptando medidas concretadas sucesivamente tanto en reglamentos, recomendaciones y otras figuras análogas que debían de ir teniendo en consideración, aceptando y adoptando cada uno de los Estados, como –y más importante- en las propias Directivas que hasta hoy se han ido aprobando y su posterior transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Atendiendo al caso concreto del conjunto de directivas jurídico-vinculantes aprobadas, éstas son numerosas y, por tanto, sólo se resaltan las más significativas e ilustrativas a modo de paradigma de la acción jurídica de la Unión sobre la política comunitaria inmigratoria³⁶⁵. Estas medidas se pueden agrupar en tres categorías atendiendo a sus contenidos, sentido y alcance en el contexto, caracteres y líneas maestras de acción de la política jurídica comunitaria de inmigración:

*Las directivas que tienen como pretensión la regulación inmediata de los flujos de personas extracomunitarias, pretendiendo dejar claramente expuestos los medios de control, las reglas de prohibición y las sanciones ante el no cumplimiento de lo establecido –significativamente, empleo irregular-: la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países; la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares; la Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de

³⁶³ Desde esta concepción, exponiendo las posibles repercusiones que en materia de extranjería conllevaba el proyecto de Constitución Europea, RUANO ALBERTOS, S. y VICENTE PALACIO, A., “Los derechos reconocidos a los trabajadores nacionales de terceros países en la Constitución Europea y su repercusión en la legislación española”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, pp. 260-277.

³⁶⁴ En este sentido, desde una perspectiva analítica propositiva, *vid.*, AA. VV., *¿Qué fue de la Constitución Europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, MÉNDEZ DE VIGO, I. (dir.), Planeta, Madrid, 2007.

³⁶⁵ Desde una perspectiva global, sobre el alcance y sentido de este derecho derivado, GAROFALO, L., “Le migrazioni di ordine económico nel diritto internazionale e comunitario”, en *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, AA. VV., *cit.*, pp. 41-45.

abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión; y la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Asimismo, se puede ubicar en este grupo, parcialmente por el procedimiento y permiso únicos de solicitud y expedición establecidos que autoricen a los extranjeros a trabajar en un Estado miembro, la Directiva 2011/98/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

*Las directivas que tienen como fin primordial la defensa de un trato justo, la integración y la reagrupación familiar, de las personas extracomunitarias residentes legales en algún Estado miembro: la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; y la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Adicionalmente, se puede incluir en este grupo, en parte por el amplio derecho a la igualdad de trato recogido, la Directiva 2011/98/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

*Las directivas que tienen en mayor o en menor grado alguna relación con la actividad laboral pero que tienen carácter de exclusividad o son singulares originando una atención sectorializada a colectivos, como es el caso ilustrativo de los estudiantes, investigadores o trabajadores altamente cualificados: la Directiva 2004/114/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no

remuneradas o servicios de voluntariado; y la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

Más allá de esta categorización de directivas y medidas jurídico-políticas, la política comunitaria de inmigración se hace aún hoy día un tanto compleja, planteándose realmente su existencia en cuanto modelo definido, porque en ella cada uno de los Estados miembros tienen competencias individuales atendiendo al tipo de persona inmigrante extranjera –tipo de inmigración- que necesitan instrumentalmente desde la perspectiva de sus realidades sociales, las necesidades de su mercado de trabajo y, en definitiva, la gestión eficaz de la entrada, presencia y posible retorno de estas personas nacionales de terceros Estados. Se originan así marcos jurídico-legales muy diversos y diferentes entre sí. Este rasgo intrínseco se refuerza por el hecho de que, principalmente, se funciona mediante objetivos concretos a cumplir en determinados ámbitos y según las directrices que se marcan a nivel general, necesitadas de transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales. Esta situación explica y origina que la política de inmigración comunitaria se asimile más al modelo de una política de extranjería poco armonizada que al modelo de la política comunitaria de libre circulación de personas³⁶⁶. Más que nada por las restricciones con las que cuentan para ello la extracomunitarias.

Con la intención de corregir aspectos y tendencias de esta disfuncionalidad inherente a la política comunitaria de inmigración, es de destacar especialmente el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo de 16 de octubre de 2008. Éste constituye un auténtico y genuino documento político *ad hoc* en esta materia, pero también siendo en su mayor parte continuista de las principales líneas político-jurídicas marcadas tanto en los programas políticos de acción como en el Derecho Comunitario en relación a la inmigración. La razón se halla en que, tal y como se recoge en el mismo, es un texto en el que se muestra al más alto nivel el compromiso político de la Unión Europea y de sus Estados miembros no sólo para con sus ciudadanos, sino también para con los terceros Estados, en el camino de fijar una verdadera política común en materia de migraciones.

³⁶⁶ DELGADO GODOY, L.: “Los determinantes y las dimensiones de la política de inmigración en España, 1985–2005”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), 3ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 60–61.

Por eso, en el mismo, no se señalan en primer lugar y de un modo exclusivo –como es costumbre- factores económicos, sino otros más allá de los anteriores. Este Pacto es un documento político que contiene un planteamiento global sobre las migraciones en el seno de la Unión. Por vez primera desde que se fundó esta entidad política intergubernamental y supranacional queda reunido en un mismo documento y texto el conjunto de dimensiones de la política comunitaria europea sobre inmigración y asilo³⁶⁷.

Son cinco los objetivos básicos de interés del mismo: el primero, la organización de la inmigración legal y el favorecimiento de su integración; el segundo, la lucha contra la inmigración irregular, garantizando el retorno a los países de origen o tránsito; el tercero, el refuerzo y mejora eficaz de los controles fronterizos; el cuarto, edificar una Europa del asilo; y, el quinto, la creación de un sistema de colaboración con los países de origen y tránsito de los inmigrantes. Se incide, por tanto, en la organización de una inmigración regular administrativamente y/o legal, en la integración de estas personas extranjeras inmigrantes y en la lucha contra la inmigración irregular –ilegal, en términos del Pacto-, colaborando de forma expresa con los países de los que proceden éstos. Éstos objetivos, en su mayor parte, son heredados del Enfoque Global sobre las Migraciones adoptado en el Consejo Europeo de Bruselas de 2005³⁶⁸. Queda, por tanto, relegada a un segundo plano la política de admisión y, sobre todo, de protección de los derechos humanos fundamentales.

Algunos aspectos de su contenido –por su innovación en el tratamiento de la inmigración en el marco de la política jurídica comunitaria de la misma- merecen ser puestos de relieve: se invita a los Estados miembros a evitar las regularizaciones masivas de inmigrantes extranjeros, proponiendo en contrapartida unas regularizaciones caso por caso en el marco de las legislaciones nacionales por motivos humanitarios o económicos; se debe de tratar el favorecimiento de la integración de los inmigrantes con perspectivas de permanecer establemente por parte de las políticas de los Estados

³⁶⁷ Se ha apuntado, en este sentido, que hasta la aprobación de este Pacto, no se podía hablar de una política migratoria común, MORA CABELLO DE ALBA, L., “Europa y su nueva política común de inmigración”, *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010, p. 115.

³⁶⁸ *Vid.*, al respecto, DE LA VILLA DE LA SERNA, S., “El Consejo Europeo de Bruselas. Enfoque Global de la Migración”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006, pp. 299 y ss.

miembros, para lo que se han de fundamentar en el equilibrio entre los derechos de los inmigrantes extranjeros –significativamente se señala al derecho al trabajo- y sus deberes, poniendo en marcha aquéllos medidas tendentes al favorecimiento del aprendizaje de la lengua o el acceso al empleo, incidiendo en los valores fundamentales de los derechos del hombre, etc.; el respeto a la Convención Europea de los Derechos del Hombre por parte de las legislaciones estatales en relación al derecho de reagrupación familiar; la reafirmación del carácter legal y ordenado de los flujos migratorios, pues las personas extranjeras inmigrantes en situación irregular tienen que dejar el territorio de la Unión y, en este sentido, todos los Estados deben tener la obligación de readmitir a sus nacionales, con lo que es clave la firma de acuerdos a nivel europeo con los países de origen y/o tránsito; y, por último, en estrecha conexión con lo anterior, se aboga por el hecho de que la inmigración sea un instrumento que refuerce la cooperación al desarrollo con los países de origen y/o tránsito de las personas inmigrantes. Se ponen así, a nivel comunitario europeo, los pilares para una política de inmigración que incide más en las dimensiones de control social y orden que en las propias condiciones personales, de entrada, residencia y posible retorno del inmigrante en su conexión con los valores inherentes a los derechos humanos fundamentales y el derecho formal a emigrar pero no a inmigrar³⁶⁹.

En contra del posible mayor vigor y rigor jurídico que pudiese tener este Pacto - así como su auténtico impacto y toma en consideración por el derecho interno de cada Estado miembro- está el hecho de que se trata de un texto político carente de valor jurídico y, por tanto, carente de un sistema garantista jurídico *stricto sensu* propio. No se ha dotado al Derecho Comunitario derivado de un instrumento legal en materia de política migratoria desde el que poder construir un sólido marco político-jurídico estable regulador de la inmigración en el territorio de la Unión. Se ha desaprovechado así la ocasión de incluirlo en el Derecho Comunitario y de dotarlo del rango jurídico que

³⁶⁹ En este sentido, se ha defendido que el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo se encuentra aquejado por el *síndrome de las tres R: readmisión, retorno y repatriación*, CHUECA SANCHO, A. y AGUELO NAVARRO, P., “Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 21, 2009, p. 91. Asimismo también se defiende que esta política de inmigración resultante del Pacto está dominada por un imperativo securitario, DE LUCAS, J., “La inmigración y la lógica de Estado de Sitio. (A propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)”, en *La igualdad en derechos: claves de la integración*, AA. VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), cit., p. 21.

merece, en cuanto que la inmigración es una realidad estructural de la propia Unión. Por el contrario, desde un garantismo meramente político, el Consejo de Europa de Jefes de Estado y de Gobierno tiene que organizar cada año un debate sobre las políticas de inmigración y asilo, fundamentado en un informe presentado por la Comisión acerca de la aplicación del propio Pacto³⁷⁰. Y, a su vez, los Estados miembro tienen que informar al Consejo Europeo de los avances más significativos a conseguir en la gestión de sus políticas de inmigración y de asilo.

3.1.3.- La política comunitaria de inmigración en el vigente Derecho Comunitario. Perspectivas de futuro

El Tratado de Lisboa de diciembre de 2007 –en vigor desde el uno de diciembre de 2009- supuso la simplificación normativa de la Unión. Desde ese momento y hasta el día de hoy, el Derecho Comunitario vigente se asienta tanto en el Tratado de la Unión Europea –con las modificaciones introducidas por el anterior-, como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

De resaltar es que, formalmente, en el artículo 79 de éste último es cuando por vez primera en la historia de todos los textos jurídicos-normativos de la Unión aparece la mención específica a una política común en materia de inmigración³⁷¹ desde una óptica tridimensional particular –manifiesta en el apartado primero del mismo-: propuesta e invocación explícita para su desarrollo desde una solidaridad interestatal atendiendo a una gestión eficaz de los flujos migratorios; ofrecimiento de un trato equitativo a los nacionales de terceros Estados en situación de legalidad –regularidad administrativa-³⁷²; y prevención y lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. Predomina, por tanto, la intención político-jurídica de control

³⁷⁰ Ilustrativamente, sobre el mismo atendiendo al primer debate, *vid.*, CHICO ZAMANILLO, D., “El Pacto Europeo de Inmigración y Asilo: método de seguimiento y primer debate anual en Presidencia Española”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extraordinario, 2010, pp. 289 y ss.

³⁷¹ ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Políticas comunitarias sobre inmigración”, en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, AA. VV., MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), cit., pp. 22-24.

³⁷² Para un sector de la doctrina, este trato equitativo es una fórmula debilitada del principio de trato igual, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., p. 231.

comunitario y estatal de la inmigración legal –regular- y erradicación y rechazo a la ilegal –irregular-, quedando los derechos de las personas inmigrantes extranjeras en un segundo plano, plegándose y subordinándose al objetivo controlador. Para hacer frente a esta política, se hace mención expresa en el artículo 80 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a que regirá el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados e, igualmente, para la dimensión financiera que conlleven las mismas.

Atendiendo a este marco y tomando como referencia el artículo 79.2, el Parlamento Europeo y el Consejo legislan –y legislarán- con arreglo al procedimiento legislativo ordinario –mayoría cualificada en el Consejo y codecisión del Parlamento europeo, que a su vez ha de consultar a los Parlamentos nacionales- sobre los siguientes aspectos concretos: en primer lugar, medidas de control –condiciones de entrada y residencia, derechos, inmigración y residencia ilegal y lucha contra la trata de seres humanos, excluyendo la fijación de volúmenes de admisión-; en segundo lugar, atendiendo a la lógica de la integración por medio de los derechos y como eje principal de la política de inmigración, la concreción de los derechos de las personas extranjeras inmigrantes en situación de legalidad –regularidad- en los Estados miembro³⁷³, con mención especial y específica para los condicionantes relativos a su libertad de circulación y residencia para con los demás Estados miembro; en tercer lugar, sobre la inmigración y residencia ilegales desde los aspectos de su expulsión y repatriación; y en cuarto lugar, sobre medidas de lucha contra la trata de seres humanos, especialmente mujeres y niños.

Todos estos elementos constitutivos de la política inmigratoria se abordan partiendo de que ésta constituye, en el actual Derecho Comunitario, una competencia compartida –artículo 2 C) del Tratado de Lisboa- en el marco todavía de la consolidación y ampliación del espacio de libertad, seguridad y justicia creado en su

³⁷³ El que para los nacionales de terceros Estados legales se atienda a los derechos como medio para su integración en cuanto eje de la política de inmigración, pone de manifiesto que ésta última se centra más en una estrategia de control que de integración, pues supone la instauración marginalista de políticas comunitarias de integración a través de un sistema de derechos debilitado, MONEREO PÉREZ, J. L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El modelo de regulación jurídico-político de la inmigración en España”, en *Lavoratore Extracomunitario ed Integrazione Europea. Profili Giuridici*, AA. VV., cit., p. 240.

momento por el Tratado de Ámsterdam³⁷⁴. Así, es un proceso abierto que está por definir y concretar aún más. La Unión y los distintos Estados miembro que la componen ocupan espacios de facultades diferentes en la materia, pero coordinadas entre sí. Resultado de ello, en aras de dar cumplimiento al objetivo constante de intentar establecer y poner en marcha -real y materialmente- una política comunitaria de inmigración, el estado actual de la misma se asienta sobre la base de la coordinación y la armonización de los sistemas nacionales en las materias directamente relacionadas con la inmigración sobre las que tiene competencia directa en este contexto, mientras que cada uno de los Estados mantiene en cada momento competencia exclusiva sobre aquellos espacios que la Unión no ha asumido³⁷⁵.

El reflejo jurídico de la progresiva construcción de esta política comunitaria de inmigración se encuentra expresado de un modo muy sistemático en el artículo 63 *bis* del mismo Tratado, en el que claramente se fija que la política comunitaria inmigratoria se destina a garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros Estados y una prevención de la inmigración ilegal y trata de seres humanos, así como la lucha contra estas últimas. Se consolidan así aspectos clásicos y tradicionales de la progresiva construcción de la política de inmigración comunitaria, junto a una perspectiva de futura reorientación en relación a la dimensión protectora de los derechos humanos fundamentales de las personas, más allá de su residencia legal o no. Esta última concepción es la que imperiosamente se ha de hacer real y efectiva más pronto que tarde, para que no prevalezca la primera sobre la segunda y sí más bien ésta última sobre aquélla. En forma de avance, ello se constata en la

³⁷⁴ Significativo es que en el apartado b) del artículo 62 del mismo se haga referencia implícita a uno de los objetivos específicos con los que se creó el Espacio Schengen: garantía de control y vigilancia eficaz de las fronteras externas de la Unión Europea.

³⁷⁵ Si la tendencia es la consecución de una verdadera Unión Europea de carácter político, se debe de entender que, en el marco de estas competencias compartidas, las facultades que tienen los Estados se verán reducidas en el futuro por la expansión de las competencias a asumir en materia inmigratoria que la Unión puede ir adquiriendo, GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M^a A., “La distribución de competencias en materia de inmigración”, cit., p. 231. Junto al abandono de materias competenciales, la ampliación de la cobertura de las mismas, son las dos consecuencias directas e inmediatas derivadas de de las competencias compartidas, Díez-PICAZO, L. M^a, *La naturaleza de la Unión Europea*, cit., pp. 143-144. En la misma dirección, exigiendo un criterio de solidaridad entre los Estados miembros, SERRANO ARGÜELLO, N., “La inmigración hacia Europa en perspectiva laboral. Una respuesta tardía de la Unión Europea”, en *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, AA. VV., Vol. II., cit., p. 274-275.

vinculación que presenta en este Tratado la política de inmigración a la libre circulación de personas, sin mención expresa al mercado interior³⁷⁶.

Sin embargo, en forma de retroceso, estos últimos planteamientos quedan seriamente dañados, afectados y resquebrajados con la Directiva 2011/98/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro³⁷⁷. Ésta, va más allá de la garantía existente de un tratamiento equitativo a los inmigrantes extranjeros que residen legalmente –en situación administrativa regular-, ya que se establece para los mismos, en el marco de un formal derecho a la igualdad de trato, un conjunto de derechos comparables a los nacionales de los Estados comunitarios. Se ha elaborado y aprobado una Directiva general –marco- definidora de los derechos de las personas inmigrantes extranjeras trabajadoras nacionales de terceros Estados en situación de legalidad –regularidad- a modo de estándar mínimo, sin perjuicio de las particularidades que sobre la materia puedan ir definiendo en momentos posteriores otras directivas más concretas referidas a grupos determinados de población inmigrante extranjera también legales que excluye expresamente la misma –nacionales de terceros Estados desplazados, residentes de larga duración y temporeros, significativamente-. Se trata de establecer así un principio de igualdad de trato mediante la atribución de un conjunto de derechos –de marcado carácter sociolaboral, esencialmente- para todas las personas inmigrantes extranjeras con residencia legal en su condición de trabajadoras, especialmente en materia de: condiciones laborales, destacando expresamente salario, despido, salud y seguridad en

³⁷⁶ Este matiz implica la separación de la política común de inmigración de la concepción más puramente económica que tiene el mercado común, OLESTI RAYO, A., “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, p. 5.

³⁷⁷ Esta Directiva estuvo en el Consejo, durante algunos años y desde 2007 en el que fue presentada la propuesta por la Comisión, en situación de bloqueo absoluto, por las diferentes posiciones de los gobiernos de los Estados en relación a los derechos: desde la negativa al posible otorgamiento de un estatuto de derechos común a los extracomunitarios al rechazo a la vinculación de esta directiva, pasando por la defensa de las legislaciones nacionales para la garantía de los derechos. *Vid.*, al respecto, PARIZA, L. M., “Derechos humanos de los migrantes y normativa europea: un enfoque global para la política de inmigración de la Unión Europea”, en *Derechos Humanos de las personas migrantes y reformas normativas*, BAYLOS, A., PARIZA, L. M. y MORENO, J. A., cit., p. 37.

el trabajo; libertad de asociación y de afiliación sindical o profesional; educación y formación profesional; reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos; ramas de Seguridad Social; beneficios fiscales; acceso a bienes y servicios y obtención de los mismos ofrecidos al público; y servicios de asesoría prestados por las oficinas de empleo. Ahora bien, la atribución de estos derechos no es en términos absolutos e incondicionados, sino que se permite la restricción de la citada igualdad a criterio de cada uno de los Estados sobre la base de las siguientes condiciones particulares y para los siguientes derechos en forma de contenido material: en educación y formación profesional se puede limitar esta igualdad para aquellos que tienen un empleo o que lo hayan tenido y estén inscritos como desempleados, a aquellos que han accedido a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, que posteriormente acceden a un empleo y, los créditos y becas de estudio, quedando recogida adicionalmente la posibilidad de fijar el conocimiento de la lengua o lenguas del Estado de acogida y el pago de las correspondientes tasas para el acceso a la educación universitaria, postsecundaria y la formación profesional no relacionada directamente con la actividad laboral específica; y en Seguridad Social, no se pueden restringir derechos para aquellos trabajadores extranjeros que tienen un empleo o que lo han tenido durante un período mínimo de seis meses –estando registrados como desempleados-. Sin embargo, frente a las mismas, sí se reconoce el derecho a las pensiones legales por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo del trabajador extranjero, tanto para éste como para el supérstite, estando ambos en territorio del Estado miembro o en el caso de que el segundo resida en un tercer Estado.

Adicionalmente, junto a ello, para facilitar el objetivo de esta Directiva en relación al derecho a la igualdad de trato y el conjunto de derechos reconocidos bajo su amparo, en concordancia con su título, también se incluye el procedimiento –pretendidamente rápida, eficaz y gestionable- de expedición de un documento administrativo único de reconocimiento de la situación de residencia y trabajo legal de la persona inmigrante extranjera. Un permiso único al que quedan ligados los anteriores derechos y cuya efectividad es la misma, pero de los derechos, muchos de los cuales, precisamente, son derechos sociales fundamentales de la persona en su condición de trabajadora no necesitados para su ejercicio, por tanto, de su correcta –acorde a la legalidad- situación administrativa.

En cualquier caso, desde estos avances y retrocesos, en el interés por seguir profundizando en el futuro próximo y años venideros en la consecución auténtica de una política de inmigración comunitaria con las tendencias político-jurídicas advertidas, desde enero de 2010 está vigente el Programa de Estocolmo –sucesor del de la Haya- previsto para los años 2010-2014 y titulado “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”. Éste, aparte de asumir las líneas esenciales de interés y actuación definidas en los anteriores programas y adaptarlas a la actualidad, presenta un cambio sustancial de orientación: entiende la realidad de las migraciones desde una perspectiva más allá de la seguridad pero sin olvidarla, pues apuesta por la constitución de un marco global y equilibrado de diálogo y cooperación con los países de origen de las personas inmigrantes extranjeras. En este sentido, partiendo de la situación de crisis económica y financiera internacional y pese a ella, a medio plazo trata de articular un modelo de política de inmigración ordenada atendiendo al mercado de trabajo –especial interés en trabajadores cualificados-, a la protección social, a las políticas de integración y a la cooperación reforzada con los países de origen y paso de los flujos migratorios.

Por su parte, el concreto Plan de Acción de este programa, titulado “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos”, en clara consonancia con sus antecesores, reconoce y plantea que los derechos humanos fundamentales de las personas extranjeras contribuyen decididamente a su integración. Para ello, manifiesta la necesidad y la apuesta decidida por la conversión de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el eje de todas las políticas jurídicas de ésta, entre las que se encuentran paradigmáticamente la de inmigración e integración.

En cualquier caso, las líneas esenciales del vigente programa quedan enmarcadas tanto en el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo como en el enfoque global de las migraciones de la Unión Europea³⁷⁸, asentados, a su vez, en principios sociales fundamentales como la solidaridad, el equilibrio y la colaboración con los países de procedencia de las personas inmigrantes extranjeras. Es más, avanzando en la construcción de una Europa social, se ve completado obvia y prevalecedoramente con la atención debida al interés por una Europa de las personas facilitadora de la titularidad y

³⁷⁸ En esta dirección, se ha advertido, incluso, que el Programa de Estocolmo es el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo hecho programa de acción política, MORA CABELLO DE ALBA, L., “Europa y su nueva política común de inmigración”, cit., pp. 121-123.

ejercicio del conjunto de derechos humanos fundamentales protectores y promovedores de una sociedad justa e inclusiva. En esencia, apostando por una ciudadanía social europea³⁷⁹ teniendo como referente jurídico-político básico y esencial al Tratado de Lisboa y a la Carta de los Derechos Fundamentales y su nuevo valor como instrumento internacional de naturaleza normativa con fuerza jurídica vinculante, que la convierte y transforma en fundamento de la dirección política y jurídica de las iniciativas legislativas y programas de acción comunitarios³⁸⁰, como es significativamente el caso. Éste ha de ser el auténtico y genuino marco político-jurídico que ha de marcar en un futuro próximo los avances lentos y paulatinos del todavía abierto proceso de comunitarización de la política de inmigración, por más que se aprueben instrumentos jurídicos contrarios a este sentido que llenan de incertidumbre la construcción progresiva de esta política.

3.1.4.- La interacción de las políticas migratorias comunitaria y nacional

Como se ha venido poniendo de manifiesto, al margen de las competencias de los Estados sobre la política de inmigración, las mismas están influidas y condicionadas directamente tanto por la propia legislación reguladora de la extranjería e inmigración nacional que se trate como por las directrices marcadas a nivel europeo en el marco de la ya citada política comunitaria. Para el caso concreto español, atendiendo al marco jurídico-legal específico y concreto, la coordinación de la política de inmigración nacional con la comunitaria no es novedosa. Materialmente ha sido una constante en los últimos años y ha provocado reformas concretas jurídico-legales.

Tanto la transformación de España en país receptor de inmigrantes extranjeros alrededor de la década de los ochenta del siglo pasado –y desde entonces manteniendo esta situación- como su entrada en cuanto miembro de la Unión Europea y los requisitos por ella exigida, hizo necesaria una reordenación político-jurídica en materia de

³⁷⁹ Monográficamente, MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., *Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2005.

³⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., “Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significado político-jurídico”, estudio introductorio a *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, JELLINEK, G., cit., p. XXI.

inmigración, apareciendo la primera ley reguladora de estas personas y de su posición jurídica, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Ésta estuvo en concordancia con los requisitos exigidos por la Unión –condición no explícita del proceso- y su adecuación a la política inmigratoria europea –todavía en pañales-. Fue así porque la adhesión de España a la Unión implicó la ampliación de las fronteras exteriores de ésta última, precisamente en una zona donde la presión migratoria iba a ser destacada y mayor.

Posteriormente, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, coincidió en el tiempo, aproximadamente, con el Consejo de Tampere. El nuevo marco jurídico-legal tuvo como referente los dictados de la Unión, con la pretensión de ir resolviendo las incoherencias que existían en la anterior Ley y que eran consideradas como impresentables para la Unión³⁸¹.

Al poco tiempo de la aparición del nuevo marco jurídico-legal, en un breve espacio de tiempo, se produjo una reforma del mismo –la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000-, casi sin espacio para su aplicación, que estuvo justificada, tal y como se aludía en su exposición de motivos, por la necesidad del cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como miembro de la Unión Europea.

Incluso, en la penúltima reforma acontecida, mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, también destacó este aspecto, ya que se produjo con ella la transposición de la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, sobre la definición del concepto de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

En la última reforma del texto legal de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, fue novedoso, significativo y destacable la mención formal y explícita en el texto legal a la coordinación de la política de inmigración española con la política de inmigración comunitaria. Quedó recogido legalmente la necesidad de atender a ésta, si bien y explícitamente en cuanto principio inspirador de la política nacional. Anteriormente no existía tal reconocimiento.

³⁸¹ ZAPATA-BARRERO, R.: “Política de inmigración y Unión Europea”, cit., p. 26.

Hasta cierto punto, este principio fijado en la letra a) del apartado segundo del artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000 puede parecer un poco reiterativo, pues tanto poder político como poder legislativo necesariamente han de ser conscientes de que España ha de atender a las distintas directivas, recomendaciones, comunicaciones, programas y documentos político-jurídicos que desde la Unión Europea se aprueben en materia de inmigración, conformadores del Derecho comunitario de la extranjería y de la inmigración. En este sentido y dirección se especifica en la parte IV de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009 que es causa justificadora de la reforma *la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las distintas directivas europeas*, pues en general han crecido las normas comunitarias afectadoras al Derecho de Extranjería de los Estados europeos –*ex parte II de la misma exposición de motivos*-. Tal es el caso concreto de: la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea; la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal; la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; y la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

La tendencia general de estas directivas es, ante todo, controladora socialmente en la canalización de la entrada, permanencia y salida de nacionales de terceros Estados en el seno de la Unión, con atención a colectivos específicos particulares de extranjeros que de un modo concreto necesiten de medidas político-jurídicas protectoras ante el posible trato mercantilizado de estas personas inmigrantes extranjeras³⁸². Pero también responde en cierta medida a un cambio de orientación en la propia concepción económico-laboral de la inmigración no significante de la erradicación de ésta. Se apuesta a todas luces por fomentar e impulsar una inmigración cualificada, formada y especializada, bajo el estricto interés de su utilización y aprovechamiento por los distintos Estados de la Unión y sin atención al rol que puedan desempeñar éstos para el desarrollo de los países de los que son nacionales³⁸³. Por tanto, existe un marco jurídico-político de derecho interno de la Unión a transponer que apuesta claramente por una inmigración seleccionada o selectiva a la que se le protege de un modo específico general a desarrollar y concretar por todos y cada uno de los países miembros. Todo ello sin olvidar y dejar de hacer constar la ya clásica apuesta de la Unión por el control de fronteras, visados y lucha contra la inmigración irregular presente también en distintas directivas no mencionadas –por otra parte, de fechas anteriores y generadoras de reformas legales precedentes-.

El resultado es una política jurídica de protección encaminada más al ámbito geopolítico y de las fronteras de la Unión frente a la de la persona inmigrante extranjera³⁸⁴ o en detrimento de ella, por más que se incida desde la propia Unión en la debida consideración de la normativa internacional y comunitaria hacia los inmigrantes

³⁸² En esta dirección, son destacables las propuestas de directivas presentadas recientemente por parte de la Comisión en relación a: trabajadores temporeros para personas inmigrantes extranjeras que puedan encadenar consecutivamente entre dos y tres permisos en períodos inferiores al año; aprendices remunerados, para la formación profesional en Europa de jóvenes extracomunitarios; y trabajadores desplazados dentro de la misma empresa, para permitir el desplazamiento a otro Estado de aquellos trabajadores inmigrantes extranjeros carentes del estatuto de larga duración.

³⁸³ Se constituye así en muestra de la necesidad de la perspectiva laboral con la que las normas comunitarias afrontan la inmigración, SERRANO ARGÜELLO, N., “La inmigración hacia Europa en perspectiva laboral. Una respuesta tardía de la Unión Europea: la política común de inmigración”, en *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, AA. VV., Vol. II., cit., pp. 278-282.

³⁸⁴ CHUECA SANCHO, A. y AGUELO NAVARRO, P., “Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español)”, cit., p. 107.

extranjeros en materia de integración social y derechos humanos³⁸⁵. Muy especialmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la que se atribuyen derechos a todas las personas –nacionales de la Unión o no- articulados alrededor de los valores –significativamente- de la dignidad y la justicia³⁸⁶.

Mostrando que esta interacción entre política migratoria comunitaria y nacional no se ha parado ni cerrado, sino que continúa avanzando y estando presente, no se ha de obviar que, en un futuro próximo, esta última tendencia político-jurídica, en clara y evidente conexión con la controladora socialmente, obligará a la realización de nuevas reformas legislativas, tanto en el caso español como en los distintos países miembro de la Unión Europea. Es así porque la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y a trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, obliga a la transposición de lo establecido en la misma con fecha tope máxima de 25 de diciembre de 2013. A escala comunitaria, partiendo de una estricta concepción económico-laboral de la inmigración, se cumplirá con su incorporación a los ordenamientos internos el objetivo conciso de, en primer lugar, fijar un único procedimiento administrativo de solicitud de expedición de un permiso único para las personas extranjeras inmigrantes y, en segundo lugar, recoger un conjunto común de derechos para los mismos –ya apuntado-, siempre y cuando residan legalmente en cualquiera de los Estados miembro.

En cualquier caso, tampoco se ha de dejar de tener presente que también la última reforma legal ha implicado la asunción y coordinación con el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, interiorizándolo en base a la coordinación con sus directrices, objetivos, sentido y alcance, pues se han visto plasmados en el reformado

³⁸⁵ ROJO TORRECILLA, E., “Inmigración y mercado de trabajo en el ámbito comunitario y español (el impacto de las políticas de inmigración sobre el empleo y la edad de la población trabajadora), en *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, AA. VV., CAMAS RODA, F. (coord.), Bosch, Barcelona, 2009, p. 297. En la misma dirección, CHUECA SANCHO, Á., “Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, AA. VV., CHUECA SANCHO, Á. (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 135-138 y 155-157.

³⁸⁶ *Vid.*, al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 201-213.

marco jurídico-legal³⁸⁷. Esta circunstancia viene a confirmar que la coordinación de la política de inmigración española con la comunitaria es más en la dirección y ámbito estricto político que jurídico: atendiendo al marco jurídico nacional y comunitario, seguir unas líneas comunes de concepción y actuación presentes y futuros para con la inmigración extranjera proveniente de terceros Estados. Es por ello por lo que implícitamente se debe de entender la alusión a la coordinación con todos y cada uno de los documentos y programas futuros de acción de carácter político que vaya aprobando la Unión hasta la consecución de una conjunta y definida política de inmigración comunitaria en la que las competencias compartidas sean mínimas.

Puesta de manifiesto la influencia, se puede concluir argumentando que la actual política jurídica inmigratoria de la Unión Europea y la de España responden a un mismo modelo³⁸⁸, como lógica coherente y razonable que es en cuanto miembro de la entidad supranacional. Con unas claras pretensiones de control, es un modelo de inmigración regular, legal, en ambos, que no tiene en consideración la existencia y presencia de la otra cara de la moneda, la inmigración irregular o ilegal al legislar sobre ella en modo preventivo para que no emigre a la Unión. Este modelo presenta unos rasgos característicos comunes, los cuales ya se han ido poniendo de manifiesto de forma implícita y explícita, tales como los binomios legalidad-ilegalidad –posesión de los permisos de residencia y trabajo o no- y trabajo–integración, la consideración económica de la inmigración o el acceso al mercado de trabajo y a un puesto de trabajo como medio para la ciudadanía.

³⁸⁷ GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M^a C., “El camino hacia una política migratoria integral. La asunción de los principios del Pacto Europeo para la Inmigración y el Asilo: su delimitación”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 142 y ss.

³⁸⁸ RAMOS QUINTANA, M. I., “Una política de inmigración para un modelo de inmigración: la integración a través del empleo”, en *Comentarios al reglamento de extranjería*, AA. VV., RAMOS QUINTANA, M. I. (dir.) y ROJAS RIVERO, G. P. (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 23–26. La autora se cuestiona si realmente existe y si realmente es modelo el seguido por la Unión Europea, ya que la palabra la formula entre interrogantes: *¿modelo?*, p. 23.

3.2.- EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO ESPAÑOL

A modo de premisa, la política de inmigración no ha sido una constante a lo largo de la vida política española, sino que más bien ésta ha sido objeto de atención especial y tratamiento diferenciado atendiendo a su marco jurídico-legal específico y concreto. Sobre todo, desde las dos últimas décadas del siglo pasado y desde comienzos del presente. Fechas a partir de las cuales –como ya se ha apuntado- España pasa de ser un país emisor de personas inmigrantes extranjeros a receptor. Y así es a día de hoy, sin olvidar que, a buen seguro, la política de inmigración seguirá siendo foco de atención en los años venideros. Más aún cuando el derecho y la política deben de evolucionar atendiendo a los patrones de la realidad social más inmediata para su adecuada regulación.

Pero hasta las fechas advertidas, en el ordenamiento jurídico español no existió un claro marco referente jurídico-legal ampliamente regulador más o menos omnicomprensivamente de la entrada, presencia –e incluso- retorno de las personas inmigrantes extranjeras que llegaban, ni de su estatuto de derechos. Por tanto, no había un soporte jurídico-legal que fundamentase una política jurídica de inmigración de un modo aproximado, coherente y uniforme pues, con carácter general, eran comunes todo tipo de disposiciones de diferente rango jurídico reguladoras de aspectos y dimensiones coyunturales susceptibles de ser incluidos más en la materia de extranjería que en la de inmigración. Significativos fueron al respecto: Ley 29/1968, de 20 de junio, sobre exacciones por expedición de permisos de trabajo a súbditos extranjeros; Decreto 1870/1968, de 27 de julio, por el que se regularon el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España; Ley de 30 de diciembre de 1969 sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la comunidad iberoamericana y filipina, empleados en el territorio nacional; orden de 31 de enero de 1970, por la que se reguló el trabajo de extranjeros en espectáculos públicos; Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se reguló el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio español; Decreto de 10 de julio de 1975, sobre las funciones de la inspección de trabajo; y Real Decreto 1884/1978, de 26 de julio, sobre la apertura de establecimientos comerciales por personas físicas de nacionalidad extranjera.

En el año 1978 se encuentra el punto de inflexión en la decisión para acometer la elaboración de un marco jurídico-legal regulador de la extranjería e inmigración. En ello influyó de un modo decisivo no sólo el hecho de que cada vez era más visible la presencia en la sociedad de personas inmigrantes extranjeras, sino también la aprobación de la propia Constitución española, de la que se derivan dos motivos –uno más concreto y otro más general-: en primer lugar, por contener una mención expresa – como ya se ha puesto de relieve- a los derechos de los extranjeros –artículo 13- y a la competencia en relación a la política de inmigración y extranjería –artículo 149.1.2-; y, en segundo lugar, por la necesaria adecuación a los valores, principios y contenidos de la misma por parte del global del ordenamiento jurídico español existente hasta el momento.

Pese a estas motivaciones y las necesidades existentes, tras 1978, en materia de inmigración y extranjería también fueron significativos los siguientes instrumentos normativos, que eran reflejo de la misma asistematicidad que en años anteriores: Orden de 4 de octubre de 1979, por la que se reguló la concesión de permisos de trabajo de validez restringida a los trabajadores extranjeros; Orden de 17 de marzo de 1980, sobre la implantación del censo de establecimientos comerciales de personas físicas de nacionalidad extranjera; Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, por el que se reguló el procedimiento de concesión y prórroga de los permisos de trabajo y autorizaciones de residencia de extranjeros; Real Decreto 1073/1980, de 23 de mayo, por el que se reguló el ejercicio de la venta fuera de un establecimiento comercial permanente; Resolución de 22 de mayo de 1984, de la Dirección de Seguridad del Estado, por la que se delegó en el Gobernador Civil de Valencia la facultad prevista en el artículo 29 del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, sobre expulsión de extranjeros del territorio nacional; Resolución del 26 de octubre de 1984, de la Dirección de la Seguridad del Estado, por la que se delegó en el Gobernador Civil de Las Palmas la facultad sobre expulsión de extranjeros del territorio nacional; Resolución de 10 de enero de 1985, de la Dirección de la Seguridad del Estado, por la que se delegó en el Gobernador Civil de Barcelona, la facultad prevista en el artículo 29 del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, sobre expulsión de extranjeros del territorio nacional; Real Decreto-ley 1/1985, de 31 de enero, por el que se derogó el Decreto Ley 13/1969, de 11 de julio, y se eximió de la exigencia del permiso de trabajo a las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, que desearan realizar actividades lucrativas por cuenta propia en España; Real Decreto

122/1985, de 31 de enero, por el que se reguló la concesión de autorizaciones de residencia en España a las personas originarias de la ciudad de Gibraltar; Orden de 31 de enero de 1985, por la que se reguló el libre tránsito de personas, vehículos y mercancías entre Gibraltar y el territorio circunvecino; Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, por el que se aprobó el reglamento para la aplicación de la Ley Reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado; y Resoluciones de 12 de abril de 1985, de la Dirección de la Seguridad del Estado, por las que se delegaron en los Gobernadores Civiles de Alicante, Gerona, Madrid y Pontevedra, la facultad prevista en el artículo 29 del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, sobre expulsión de extranjeros del territorio nacional.

De todo el elenco citado y más allá del mismo³⁸⁹, implícita y explícitamente era necesaria la puesta en marcha de una política de inmigración –con contenidos y aspectos relacionados más directamente con la extranjería- que pusiese orden y sentido en el estatuto de las personas inmigrantes extranjeras. No existió hasta el año 1985 una ley sustentadora de una política jurídica inmigratoria que estableciese los derechos de los extranjeros en España, sus obligaciones, sus posibles diferentes estatutos legales de residencia y su posible relación con el mercado de trabajo.

3.2.1.- Antecedentes: el inicio de la construcción del modelo normativo en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Deberes de los Extranjeros

El precedente más inmediato del primer texto legal –a la vez que antecedente remoto general- para la construcción sociojurídica de la política de inmigración contemporánea española, fue el proyecto de Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, de abril de 1981, del Gobierno de la Unión de Centro Democrático³⁹⁰. Éste se centró, sobre todo, en aquellas dimensiones en las que principalmente incidía el conjunto de normas anteriores relativas a la inmigración y

³⁸⁹ Un estudio en profundidad de éste atendiendo a la realidad social de los extranjeros de y en la época en relación a su régimen jurídico laboral, CARDONA TORRES, J., *Régimen jurídico-laboral de los extranjeros en España*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 79 y ss.

³⁹⁰ Sobre el mismo, contextualizado política e históricamente, RIUS SANT, X., *El libro de la inmigración en España*, cit., pp. 43-46.

extranjería. Es decir, en los procedimientos de expulsión –introduciendo garantías-, en la implantación de un sistema de reciprocidad negativa para la concesión de permisos de trabajo y en el ofrecimiento de facilidades a las personas extranjeras provenientes de las colonias españolas. Así pues, intentó ofrecer una regulación jurídica sistemática y en un mismo texto de los principales ejes de la confusa y dispersa regulación de la extranjería e inmigración imperantes hasta ese momento. Fracaso y no llegó más allá de la creación de la correspondiente ponencia parlamentaria.

En este contexto en el que predominaban en una legislación dispersa más las dimensiones directamente relacionadas con la extranjería que las propiamente de inmigración, se aprobó y entró en vigor -con la misma tendencia y espíritu- el que se debe considerar como primer texto jurídico-legal sobre el que se fundamentó la política jurídica inmigratoria contemporánea española: la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España³⁹¹. Obvió la tendencia que apuntaba a la conformación de España como país de inmigración, con lo que trató a ésta última como fenómeno coyuntural, no incluyendo en su articulado la regulación de dimensiones inherentes a la integración social de estas personas³⁹² o la propia reagrupación familiar. En conexión, inspiró y presidió el texto legal una lógica policial, de control de las personas extranjeras en España atendiendo específicamente a su estatuto administrativo en las dimensiones de su entrada, salida y/o trabajo, en clara concordancia también con otros Estados Europeos –como Alemania y Francia- que sí tenían experiencia en la materia³⁹³. Los derechos de las personas extranjeras –claramente estructurados a partir de su situación de ilegalidad o legalidad –regularidad o irregularidad administrativa y, dentro de ésta última, atendiendo a su régimen de estancia o de residencia- no fueron tenidos en cuenta como uno de los ejes del texto

³⁹¹ Merece tal calificación y consideración porque, precisamente y tal y como se alude en el preámbulo de la misma, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, sobre clasificación, residencia y condición civil de los extranjeros España, hasta 1985 el ordenamiento jurídico español había carecido de una norma que recogiese, sintetizase y formulase los aspectos relacionados directamente con la extranjería e inmigración.

³⁹² Tan sólo en el preámbulo se establece que, además, la ley pretende favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española.

³⁹³ PALOMAR OLMEDA, A., “Apuntes sobre el desarrollo legal postconstitucional de la regulación de extranjería en España”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, 4ª ed., AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), cit., pp. 148-153. FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., pp. 35-36.

legal a partir de los cuales construir la política de extranjería e inmigratoria³⁹⁴. Por más que el título de la ley hiciese referencia a ellos y en el preámbulo se especificase que el mandato constitucional del artículo 13 –derechos de los extranjeros en España- era la razón primera por la que se hacía necesario este nuevo texto legal, concretando y delimitando así su alcance.

El motivo anterior, sumado a su incorrecta técnica y sistemática de reconocimiento en relación a la regulación de los derechos en los grandes Pactos y Declaraciones a nivel internacional de reconocimiento de derechos humanos fundamentales, hizo que el Defensor del Pueblo presentase un recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos que la componían. Especial y significativamente contra los que regularon los derechos de reunión, asociación, intervención del juez en la detención e internamiento y la imposibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987 declaró inconstitucional un inciso del derecho de reunión –artículo 7-, el artículo 8.2, relativo al derecho de asociación y el último inciso del artículo 34 –resoluciones administrativas-, a la vez que impuso la interpretación constitucional debida para con el artículo 26.2 –expulsión-.

No corrigiendo las tendencias y sí profundizando en ellas se desarrolló reglamentariamente, en un primer momento, la Ley Orgánica 7/1985 mediante el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprobó su reglamento de ejecución. Éste profundizó en los aspectos administrativos y de control –cruce de fronteras, entrada, documentación necesaria para residir y trabajar- y en el régimen sancionador, a

³⁹⁴ Para el establecimiento y configuración jurídico-legal de los derechos de los extranjeros en este momento, fue clave la influencia de la doctrina jurisprudencial al respecto imperante, cuyo paradigma fue la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre. En su fundamento jurídico tercero, realizó una clasificación tripartita de los derechos correspondientes a los extranjeros: en primer lugar, aquellos que pertenecían a la persona en cuanto tal y que tenían un carácter imprescindible para la garantía de la dignidad humana, perteneciendo tanto a nacionales como extranjeros y estableciendo una lista abierta ejemplificadora -derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad o a la libertad ideológica, religiosa y de culto-; en segundo lugar, derechos de configuración legal, cuya titularidad y ejercicio eran reconocidos según las condiciones que estableciesen los Tratados y la Ley; y, en tercer lugar, derechos que en modo alguno pertenecen a los extranjeros, al ser exclusivos de los nacionales; y, en tercer lugar, los derechos que de ninguna manera pertenecían a los extranjeros, por ser específico de los nacionales y cuya facultad se ligaba a la noción y ejercicio de la soberanía estatal -derechos políticos-. Sobre esta doctrina restrictiva tradicional en contraposición a la social actual, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 55-60.

la vez que introdujo la posibilidad del control policial de la documentación personal del inmigrante extranjero.

Posteriormente, en un segundo momento, con el paso de los años y ante la necesidad latente en el ámbito político, social y jurídico de una reforma de la regulación legal de la inmigración y extranjería en España, no se acometió ésta de forma integral – nuevo marco jurídico regulador-, sino que se promulgó un nuevo reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 7/1985, mediante el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprobó su reglamento de ejecución –vigente hasta el 1 de agosto de 2001-. En este caso, hubo una mejora sustancial tanto en la calidad técnico-jurídica del texto en relación con los anteriores, como en sus contenidos: se hizo una amplia referencia a los derechos y libertades de los extranjeros –continuaron estructurados en titularidad y ejercicio atendiendo al binomio legalidad-ilegalidad-³⁹⁵, se reconocieron ampliamente los mismos en el caso de los menores, se estableció un nuevo sistema de visados, se fijó un nuevo sistema de control de entradas y de permisos de residencia, se creó el estatuto del residente permanente, se configuró una novedosa regulación para los permisos de trabajo, se creó un contingente de mano de obra, se reguló la reagrupación familiar, así como un nuevo procedimiento sancionador con la catalogación específica de las infracciones y sanciones, concretando las causas de expulsión³⁹⁶. Es decir, se dotó al texto legal y a la política de extranjería e inmigración resultante de mayores tintes de ésta última, sin dejar de tener presente el aspecto de control y de seguridad.

Esta ley estuvo vigente hasta el 1 de febrero del año 2000, originando un modelo de política jurídica de inmigración en el que imperaban originariamente las dimensiones de extranjería antes advertidas, dando paso posteriormente relevancia a aspectos más propios de la inmigración. En ambos casos, no se dejó de tener presente la óptica del control social de las personas inmigrantes extranjeras en relación a aspectos tales como la seguridad, el orden público y la protección de las personas nacionales. Sin embargo, por la cada vez mayor presencia de inmigrantes extranjeros en España en la década de

³⁹⁵ Vid., al respecto, RAMOS QUINTANA, M. I., “Derechos de los trabajadores extranjeros”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 86, 1997, pp. 863 y ss.

³⁹⁶ GÓMEZ MOVELLÁN, A., “Unión Europea, inmigración y el nuevo Reglamento de <<extranjería>> española: un comentario crítico”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 26, 1996, pp. 62-67.

los noventa –sobre todo en los últimos años ya de la misma-, el modelo vigente en ese momento fue –pese a la reforma introducida reglamentariamente- totalmente obsoleto, no sólo existiendo un distanciamiento y disfuncionalidad entre el derecho mismo y su política, sino también entre las anteriores y la realidad social, haciendo a la política de extranjería e inmigración totalmente inoperante e ineficaz³⁹⁷, con la consecuencia inmediata de su situación en el centro del debate social, político y público.

3.2.2.- El carácter evolutivo de la institucionalización de las políticas jurídicas de inmigración: las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social

En los últimos compases del siglo XX, la presencia de personas inmigrantes extranjeras y su incremento cuantitativo –en número- y cualitativo –nacionales de terceros Estados con la finalidad de trabajar- convirtió progresivamente a la inmigración extranjera en una dimensión estructural más de la sociedad española. En este contexto se ubicó la necesidad de una regulación actual jurídico-legal de la inmigración en el centro del debate político-jurídico. Sobre todo, por la presión social -reflejada en los medios de comunicación, manifestaciones, comunicados, declaraciones, etc.,- para la adecuada, coherente y contemporánea regulación jurídico-legal de las personas inmigrantes extranjeras presentes en la sociedad en aquellos momentos que diese como resultado y fundamentase una política inmigratoria.

En este sentido, es claro el hecho de que –como se ha de sobreentender coherentemente-, no sólo la transformación de España en país receptor de personas inmigrantes extranjeras, sino la propia caracterización interna de la inmigración en cada momento –trabajadores más o menos cualificados, familiares reagrupados, mujeres inmigrantes, etc.- muestra la posibilidad constante de una reconfiguración de estos flujos, haciendo que la regulación jurídico-legal uniforme, definitiva y constante en el

³⁹⁷ En este sentido, sobre el camino hacia la reforma legal, RUIZ DE HUIDOBRO, J. M^a, “Evolución de la legislación española de extranjería e inmigración”, en *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, AA. VV., RUIZ DE HUIDOBRO, J. M^a (ed.), cit., pp. 29-31.

tiempo sea difícil de conseguir³⁹⁸. Ahora bien, tampoco es lógico ni adecuado para la puesta en marcha de una política de inmigración asentada en la regulación jurídico-legal de la misma que, en un período de cuatro años, se promulgase, aprobase y entrase en vigor, tras quince años, una nueva ley –más o menos sistemática, a diferencia de la anterior- reguladora de la inmigración y extranjería y fuese reformada específicamente dos veces. El resultado más inmediato fue que la política jurídica de inmigración, atendiendo al sentido y alcance de las reformas, sufrió avances y retrocesos muy significativos.

Si antes se señalaba a la Ley Orgánica 7/1985 como el primer texto legal sobre el que se fundamentó la contemporánea política jurídica migratoria española, un segundo momento e hito de relevancia e importancia para ésta lo constituyó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social. Ésta fue resultado de un arduo debate parlamentario, a la vez que reflejó un relativo consenso social y político. Se caracterizó por romper con la lógica policial de la precedente y apostar por una perspectiva que incidió en la integración social –como del mismo título se desprende-, al equiparar en derechos a los nacionales con los inmigrantes extranjeros y a estos entre sí, más allá de su condición administrativa de regularidad o irregularidad. Se produjo así un reconocimiento expreso de los derechos de reunión, asociación, manifestación, huelga y sindicación, se universalizó el derecho a la sanidad de todos los inmigrantes extranjeros empadronados, se universalizó el derecho a la educación para todos los menores de 18 años extranjeros –con acceso a los títulos correspondientes y sistema de ayudas-, se articuló el acceso a los inmigrantes extranjeros al empleo público en su modalidad de personal laboral, se habilitó el derecho a la asistencia letrada gratuita y se recogió el derecho a la reagrupación familiar –como derecho de los reagrupantes y de los reagrupables-. Todo ello sin olvidar, por su estrecha relación con lo advertido, la proclamación legal de la lucha contra la discriminación, para lo que se introdujo el concepto de acto

³⁹⁸ PALOMAR OLMEDA, A., “Apuntes sobre el desarrollo legal postconstitucional de la regulación de extranjería en España”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, 4ª ed., AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), cit., p. 108. Desde una perspectiva general, destacando su evolución y características principales, BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D., “La normativa española de extranjería y asilo: evolución y características principales”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J., MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 16-32.

discriminatorio, catalogando los mismos y recogiendo sanciones directas e indirectas para ellos, sobre todo las encaminadas a perseguir conductas explotadoras de carácter laboral puestas en práctica por empleadores.

Pero no todo fueron aspectos positivos en esta nueva ordenación jurídico-legal de la inmigración y extranjería. El *a priori* reconocimiento de derechos no sólo era suficiente como elemento nuclear y medio para la integración social de la persona, pues *a posteriori* era necesario darlos a conocer, el que estas personas inmigrantes extranjeras tuvieran conocimiento real de la titularidad de los mismos y su posibilidad de ejercicio. Una labor no llevada a cabo, también, como se pondrá de relieve a continuación, por la escasa vigencia temporal de este texto legal. En este sentido, además, se ha de dejar constancia de que pese al marco de reconocimiento universal de derechos –definición conforme a la Constitución y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos Fundamentales–, se mantuvo la vinculación entre permiso de trabajo y de residencia, entre trabajo formal y ciudadanía, estando ésta última mermada en algunos derechos para los inmigrantes extranjeros trabajadores *de facto* y no empadronados³⁹⁹.

En cualquier caso, el resultado fue una Ley muy abierta y social, originadora de una política jurídica de inmigración reconocedora en titularidad y ejercicio de derechos para todas las personas inmigrantes extranjeras, tratando e intentando configurar y constituir un genérico estatuto jurídico del inmigrante extranjero como medio para la consecución de su integración social⁴⁰⁰. La situación administrativa de regularidad o irregularidad –legalidad o ilegalidad– quedó totalmente relativizada y pasó a un segundo plano en la política jurídica de inmigración –en este caso sí, más que de extranjería–, a lo que se le sumó el hecho de que se aumentaron las garantías reduciendo la discrecionalidad de la autoridad administrativa y se suavizó el régimen sancionador

³⁹⁹ En este sentido, MORENO DÍAZ, J. A., “La nueva ley de extranjería. Claroscuros de una reforma”, *Revista de Derecho Social*, núm. 9, 2000, pp. 243-246. DE LUCAS, J., “El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000, pp. 6-9.

⁴⁰⁰ Destaca, al respecto, la concepción de la lógica de la integración social en cuanto garantía de la paz social mediante el reconocimiento de los derechos de la persona, MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de la reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 219, 2001, p. 9. En el mismo sentido, RAMOS QUINTANA, M. I., “Trabajadores extranjeros e integración social”, *Revista Temas Laborales*, núm. 54, 2000, pp. 3 y ss.

resultado de una nueva gradación del catálogo de infracciones y sanciones, eliminando la expulsión ante la residencia y/o trabajo sin las debidas autorizaciones.

Tras un brevísimo período de tiempo –a los seis meses se propuso una nueva reforma-, casi sin poder analizar objetivamente la aplicación efectiva y evaluar así el alcance del nuevo marco jurídico-legal de la Ley Orgánica 4/2000 y la política inmigratoria derivada de su vigencia –no fueron suficientes para ello nueve meses-, se aprobó –tras una dificultosa tramitación parlamentaria- y se produjo la entrada en vigor de una reforma del texto legal anterior mediante 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 Social⁴⁰¹. Desde la perspectiva técnico-jurídica, fue una reforma en profundidad partiendo de la misma estructura y articulado del texto anterior, pues quedaron tan sólo cuatro artículos sin modificar –el 2, exclusión del ámbito legal; el 4, derecho a la documentación; el 12, derecho a la asistencia sanitaria; y el 14, derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales-, y se añadieron dos nuevos –el 18 y el 19, relativos a la reagrupación familiar-. Se tornó así el texto legal en complejo y nada claro, dificultando su comprensión⁴⁰².

Como aspecto diferencial y de relevancia para la política jurídica de inmigración contemporánea, por vez primera el texto legal consideró a la inmigración como una realidad estructural y permanente. Pero desde una perspectiva particular a la vez que sorprendente: la vuelta y el regreso al espíritu harto restrictivo de la Ley Orgánica 7/1985. Así, el pilar sobre el que se constituyó el estatuto jurídico de la persona inmigrante extranjera fue sobre su situación administrativa, de tal forma que si presentaba una regularidad administrativa podía ejercer un conjunto de derechos considerables, mientras que si presentaba una irregularidad administrativa casi no existía como persona, al verse reducidos drásticamente los mismos. Incluso, los

⁴⁰¹ Por un amplio sector doctrinal, esta reforma fue calificada más que como tal, como *contrarreforma*. Monográficamente, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la ley de extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. AA. VV., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 1-1058. Asimismo, RAMOS QUINTANA, M. I., “Transformaciones del estatuto jurídico de los trabajadores migrantes”, *Revista Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 1, 2001, pp. 385 y ss.

⁴⁰² LUJÁN ALCARAZ, J., “La reforma de la Ley de Extranjería”, *Revista Aranzadi Social*, Tomo V, 2000, pp. 343-344. Se señaló que la mejora de la técnica legislativa era una de los objetivos de la reforma, MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de la reforma”, cit., p. 11.

derechos humanos fundamentales universales fueron recortados para éste último caso, como paradigmáticamente fueron el derecho de libre sindicación y huelga⁴⁰³. En este sentido, la situación de regularidad administrativa de la persona inmigrante extranjera se asentó en la posesión de la autorización de trabajo y el permiso de residencia –por este orden-, tanto para su entrada como para su permanencia⁴⁰⁴.

La finalidad inmediata que persiguió esta reforma fue la reducción de la bolsa de personas inmigrantes extranjeras en situación administrativa irregular existentes en aquel momento, intentando que todos cumpliesen con lo establecido legalmente –regularidad administrativa-. Para ello, no sólo se reforzó la relación directa e intrínseca entre trabajo, la autorización para el mismo y el permiso de residencia, sino que también se realzó la importancia del visado en cuanto elemento de control y la residencia en nuestro país mediante el correspondiente permiso⁴⁰⁵.

En este contexto, adquirieron importancia los procesos de regularización masivos que se produjeron como consecuencia de la aplicación efectiva de la Ley y de su Reglamento de desarrollo, al quedar previstos en ellos. Así, una dimensión de la política inmigratoria del momento fue la controladora y ordenadora social de las personas inmigrantes presentes en la sociedad, teniendo la intención de conocer la realidad cuantitativa del total de ella –personas en situación de regularidad e irregularidad administrativa-, utilizando como medio para tal finalidad los procesos de regularización colectivos de personas extranjeras inmigrantes en situación de irregularidad presentes ya en la sociedad española.

En cualquier caso, la consecuencia inmediata de este texto legal de reforma fue el intento, *a priori*, de seguir el espíritu progresista, social e integrador del texto originario y de la política resultante, reconociendo la titularidad de un amplio elenco de derechos para el conjunto de personas inmigrantes extranjeras, pero introduciendo inmediatamente después la cláusula, o condición, de que para su ejercicio efectivo era

⁴⁰³ Desde una perspectiva jurídico-crítica y constructiva, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada”, *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, núm. 8, 2003, pp. 101 y ss.

⁴⁰⁴ ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, cit., pp. 39-40.

⁴⁰⁵ Estos tres aspectos son aludidos como *vectores de la estricta legislación de extranjería* del momento, FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., pp. 41-42.

indispensable el estar en posesión de la correspondiente autorización de trabajo y/o permiso de residencia, según fuese el caso que se tratase. Por tanto, *a posteriori*, el auténtico y genuino eje vertebrador en la atribución y ejercicio de los derechos no estaba basado y fundamentado en la nacionalidad de la persona –condición de extranjería-, sino en la situación administrativa regular de la persona inmigrante extranjera. Imperó de nuevo una política jurídica de inmigración en la que se sobredimensionó el carácter controlador con una lógica también de casi policía administrativa, sobre el de la integración social de las personas inmigrantes extranjeras, retrocediendo así a finales del siglo pasado.

El resultante modelo jurídico-político selectivo –nada universal- de reconocimiento y ejercicio de derechos contrario a la propia Constitución fue objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad. Los más significativos y paradigmáticos –por las directas implicaciones de su resolución- fueron los del Parlamento de Navarra y el del Letrado de la Junta de Andalucía, de 2001⁴⁰⁶. Desde su legitimidad, ambos procedieron para cuestionar, desde la técnica-jurídica, si el legislador orgánico se excedió en su capacidad de establecimiento de restricciones en un conjunto de derechos humanos fundamentales –y aspectos relacionados con los mismos- de las personas inmigrantes extranjeras: reunión, asociación, educación no obligatoria, sindicación, huelga, intimidad y reagrupamiento familiar, motivación de la denegación de visado, asistencia jurídica gratuita, expulsión por conducta delictiva, internamiento de retornados y defensa en el procedimiento de expulsión preferente. Así, argumentaron que, bajo el amparo de la defensa de la libertad que concede el artículo 13.1 de la Constitución al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el título I garantiza a los extranjeros en España y los límites a los que se ve sometido en el establecimiento de diferencias con los nacionales, éste no era óbice ni poseía cobertura constitucional para establecer diferencias bajo el binomio regularidad-irregularidad administrativa. E, igualmente, también fundamentaron la inconstitucionalidad de los mismos por la contradicción que presentaron en su regulación con respecto a los Tratados Internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades que se reflejan en la regulación constitucional de ellos, con lo que atribuyeron a éstos

⁴⁰⁶ Recursos de inconstitucionalidad núm. 1707-2001 y 1640-2001, respectivamente.

últimos la condición de parámetro de constitucionalidad de las leyes españolas, sobre el fundamento del artículo 10.2 de la Constitución.

Ambos recursos fueron resueltos bastantes años después, con lo que el carácter y la lógica de este texto legal y política inmigratoria estuvieron vigentes hasta finales del año 2007, cuando las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 declararon inconstitucional varios artículos de la misma en relación a los derechos humanos fundamentales advertidos de los extranjeros y su limitación respecto al ejercicio⁴⁰⁷. Estas sentencias supusieron un severo correctivo al legislador de la Ley Orgánica 8/2000, con la importante precisión de que su doctrina tuvo una proyección hacia la regulación jurídico-legal de otros derechos de las personas inmigrantes extranjeras sobre los que directamente no se pudo pronunciar el Tribunal Constitucional en estas Sentencias. En todo caso, ambos pronunciamientos jurisprudenciales, en un primer momento, sí exigieron una cualitativa modificación adaptadora y correctiva del texto legal y, en un segundo momento, fueron motivo de la última reforma acontecida de la Ley Orgánica 4/2000.

Pero antes de ello, no se ha de olvidar que, anteriormente a estos pronunciamientos jurisprudenciales y con un poco más de transcurso de los años, también se produjo una nueva reforma en el texto legal, mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero,

⁴⁰⁷ Un comentario de las mismas y de sus implicaciones, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II”, *Revista Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 2008. Cfr. con otros comentarios realizados a estos pronunciamientos jurisprudenciales por GARCÍA NINET, J. I., “Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los <<sin papeles>>”, *Revista Tribuna Social*, núm. 205, 2008; RAMOS QUINTANA, M. I., “Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida”, *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008; IBÍDEM, “Derechos de los extranjeros y situaciones jurídicas de irregularidad: la jurisprudencia constitucional más reciente”, *Revista Tribuna Social*, núm. 215, 2008, pp. 27 y ss.; DE ALBA BASTARRECHEA, E., “Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre”, *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, num. 21-22, 2008; CEINOS SUÁREZ, A., “Los derechos y libertades de los extranjeros en la LO 8/2000: comentario a las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre”, *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 20, marzo 2008; PÉREZ SOLA, N., “La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 17, 2008, pp. 33 y ss.

sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social⁴⁰⁸. Esta penúltima reforma contemporánea del texto legal –también con una tramitación algo agitada pero con acuerdo entre Gobierno y oposición antes de unas elecciones generales⁴⁰⁹ - no afectó al modelo de regulación jurídico-legal de los derechos⁴¹⁰ seguido por la reforma de la Ley Orgánica 8/2000 y sí a la de los visados –aparte de fijar a los mismos como la forma general de entrar y permanecer en España, se introdujo el visado para la búsqueda de empleo⁴¹¹-, residencia, trabajo –una simplificación y agilización en la gestión del acceso al mercado de trabajo- y al contrato de trabajo mismo –artículo 36.3-, declarándolo con plena validez y efectividad en lo que toca a sus repercusiones en materia de derechos laborales y de Seguridad Social del mismo para aquellos trabajadores inmigrantes extranjeros sin autorización para realizar actividad laboral.

En esta ocasión, los objetivos claros de la reforma sí quedaron explicitados en la propia exposición de motivos del texto legal: mejora de los procedimientos de gestión, tratando de favorecer, de un lado, la entrada y presencia de personas inmigrantes extranjeras conforme a la situación de regularidad y, de otro lado, su integración social; en aras de la lucha contra la inmigración irregular, el endurecimiento y mejora de los medios e instrumentos sancionadores; la transposición de directivas de la Unión

⁴⁰⁸ Monográficamente, sobre la misma, TRINIDAD GARCÍA, M^a L. y MARTÍN MARTÍN, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005, *passim*.

⁴⁰⁹ En esta dirección, se califica a la misma como una *ley pactada*, ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 251, 2004, p. 65. Sobre el pacto de las fuerzas políticas para que se reformase el texto legal antes de las elecciones y evitar así que se constituyese en elemento de debate partidista de programa electoral, RIUS SANT, X., *El libro de la inmigración en España*, cit., p. 295-298.

⁴¹⁰ Significativo fue, al respecto, el hecho de que fuese interpuesto por el Parlamento Vasco un recurso de inconstitucionalidad, fundamentado sobre la limitación que supone el texto legal para los derechos fundamentales individuales de las personas extranjeras inmigrantes. *Vid.*, al respecto, AGUELO NAVARRO, P., “La reforma de la ley de extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, 2004, pp. 103-108.

⁴¹¹ Éste, tal y como se definió en el artículo 81, autorizó a desplazarse y residir a y en España durante tres meses con la finalidad de buscar un trabajo, quedando obligado el inmigrante extranjero a salir de nuestro país si, transcurrido ese tiempo, no obtuviese un contrato laboral, incurriendo en caso contrario en infracción grave. Sobre los contenidos laborales de esta reforma legal, RAMOS QUINTANA, M. I., “Los aspectos laborales de la reforma de la Ley de extranjería (Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre)”, en *Inmigración y derecho*, AA. VV., IGLESIAS CANLE, I. C. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 215 y ss.

Europea; y la incorporación al texto legal de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003⁴¹². Sin embargo, implícitamente y con justificación en la clásica carencia de realce a las dimensiones sociales en la regulación jurídico-legal de la inmigración, implícitamente, se ha de entender que también fue objetivo de la reforma el reconocimiento del trabajo como elemento de integración social de las personas inmigrantes extranjeras –más allá de su situación administrativa- por medio del reconocimiento universal en titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales derivados del contrato de trabajo. Es decir, de los derechos derivados de la persona en su condición de trabajadora.

Se encontraba vigente, por tanto, un modelo de política jurídica de inmigración en el que resaltaba: en primer lugar, la dimensión controladora de las personas inmigrantes extranjeras mediante el rol nuclear otorgado *ad hoc* a los visados y documentación administrativa, condicionante ésta última del estatuto de derechos de la persona; en segundo lugar, la lucha contra la inmigración irregular desde una doble perspectiva: no sólo tratando de evitar la entrada de personas en esta situación, sino reconociendo la realidad de la misma en la sociedad española y su conexión con la actividad laboral, para lo que al contrato de trabajo se le otorgaba validez a efectos de protección jurídico-social por medio de los derechos laborales y de seguridad social de la persona trabajadora inmigrante extranjera –más allá de su situación administrativa-. En este último aspecto empieza a apuntar una dimensión que en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 fue nuclear –como se analizará a continuación-: el reconocimiento jurídico-político de la efectiva y real conexión de la inmigración con la actividad laboral y con el mercado de trabajo, hasta el punto de que la introducción de medidas jurídico-

⁴¹² Esta Sentencia afectó a una parte considerable –once artículos- de la Ley Orgánica 4/2000, al considerar que el Gobierno, mediante el Reglamento de Desarrollo del citado texto legal aprobado por el Real Decreto 864/2001, estableció nuevos requisitos y/o preceptos que no estaban fijados cuando se aprobó la Ley en su momento. Más concretamente se anularon: dimensiones limitadoras de la reagrupación familiar que sobrepasaban lo establecido desde la perspectiva estricta legal; la posibilidad de encerrar en un centro de internamiento a aquellas personas inmigrantes extranjeras a los que se tramitaba su devolución; y la posibilidad de la devolución de aquellas personas en situación administrativa irregular dentro del territorio nacional. A su vez, impuso la obligación de revisar las solicitudes de autorización de trabajo y permiso de residencia que no fueron admitidas a trámite desde comienzos del año 2002. Por su parte, con la reforma legal, se incluyó la regulación adecuada de: la denegación de la documentación de las personas inmigrantes extranjeras carentes de documentación contra los que se hubiese dictado una orden de expulsión; la posible solicitud a la autoridad judicial de la medida de internamiento en los supuestos de devolución en el caso de que no se hubiese hecho efectiva en el plazo de 72 horas; y la prohibición de la reagrupación en cadena.

sociales protectoras del trabajador inmigrante extranjero incidían en la configuración y ampliación del estatuto de derechos general de la persona⁴¹³.

Tras la vorágine legislativa de reformas en un intervalo de años muy corto sobre la Ley Orgánica 4/2000 y los avances y retrocesos de la política jurídica de inmigración que conllevó, se produjo una cierta estabilización del modelo durante seis años aproximadamente. Este hecho no significó en ningún momento que la regulación político-jurídica existente fuese la más propicia y acorde con la realidad inmigratoria española: la misma no había dejado de crecer en su importancia y relevancia, a lo que hubo que añadir nuevas tendencias en la configuración de las mismas y la propia crisis económica internacional de finales de la primera década del presente siglo⁴¹⁴. Se generaron así nuevas perspectivas de tratamiento, novedosos desafíos y otras necesidades diferentes a las existentes o las mismas, pero reactualizadas. Factores y elementos a los que la política inmigratoria debía de responder desde un marco jurídico-legal adecuado a la realidad social del momento. Es entonces cuando, tras cerca de un año de tramitación, debates y enmiendas, se produjo la última reforma del texto legal por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social⁴¹⁵.

⁴¹³ Sistemáticamente, ALFONSO MELLADO, C. L. y FABREGAT MONFORT, G., “La situación jurídico laboral de los extranjeros según la legislación española”, en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA. VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, Á. (eds.), cit., pp. 237 y ss.; IBÍDEM, “La situación jurídico laboral de los extranjeros según la legislación española”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 2006.

⁴¹⁴ *Vid.*, al respecto, los documentos del Observatorio Permanente de Inmigración, muy particularmente los informes anuales -2007, 2008, 2009, 2010- sobre *Inmigración y mercado de trabajo*, elaborados por Miguel PAJARES y publicados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración. Igualmente, AA. VV., *La inmigración en tiempos de crisis*, AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J. (eds.), Bellaterra, Barcelona, 2009.

⁴¹⁵ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social: notas clave para su comprensión”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 9, 2009, cit. pp. 348-349. Monográficamente, AA. VV., *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., *passim*. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La nueva legislación de extranjería e inmigración”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 8, 2010, pp. 1 y ss.; RAMOS QUINTANA, M. I., “Migraciones laborales: las paredes maestras de la reforma 2009 de la Ley de Extranjería en España”, *Revista Tribuna Social*, núm. 240, 2010, pp. 67 y ss. BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J., y MOYA MALAPEIRA, D., “Valoración general de la reforma”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley*

Desde la perspectiva técnico-jurídica, esta última reforma puede calificarse como nueva ley de extranjería e inmigración⁴¹⁶, pese a que el texto legal se titule como Ley Orgánica 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. Esta adjetivación obedece a que las reformas introducidas a lo largo del articulado legal fueron bastantes y de considerable importancia, valor y alcance para el derecho migratorio y de extranjería y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que afecta, por la transversalidad que lo caracteriza. En consecuencia, en unos casos, se estuvo ante modificaciones sustanciales y profundas del articulado, en otras ocasiones se introdujo algún artículo nuevo o varios en forma de apartados *-bis, ter, etc-* y, por último, se realizaron precisiones técnicas y de redacción que no producen cambios relevantes, sino meramente aclaratorios.

Partiendo de la realidad social de la inmigración –por más que en el segundo párrafo del tercer punto de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009 se haga referencia al *fenómeno migratorio* en España- y transcurrido más de un quinquenio desde la última reforma que aconteció, era de absoluta necesidad para la Ley Orgánica 4/2000 su modificación. Sobre todo para adaptarla al conjunto de profundos cambios sociales y económicos que han sucedido a lo largo de estos años no sólo en España, sino también en el seno de la Unión Europea y que, en consecuencia, han incidido en la transformación paulatina y progresiva de la estructura política, económica y social. Unos cambios que no sólo han afectado a los nacionales y comunitarios, sino también a los propios extranjeros que ejercen su derecho a emigrar y que escogen a España como país de destino.

Sin embargo, existieron también otros motivos de carácter político-jurídico que han de ser tenidos presentes. Por una parte, la ampliación del reconocimiento –en

de Extranjería (LO 2/2009), AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 15-22. Hasta llegar a ésta, aportando una perspectiva de evolución sistemática, CAVAS MARTÍNEZ, F., “Estudio preliminar. Veinticinco años de Legislación sobre Extranjería e Inmigración en España”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 23 y ss.

⁴¹⁶ Se ha apuntado, en este sentido, que a diferencia de leyes de reforma anteriores, ésta reúne estos caracteres porque contempla aspectos importantes para la convivencia entre la sociedad de acogida y la población extranjera recién llegada, AJA FERNÁNDEZ, E., “La integración social de los inmigrantes”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., p. 26.

titularidad y ejercicio- de derechos humanos fundamentales a las personas inmigrantes extranjeras independientemente a su condición y situación administrativa, dando respuesta así al mandato del Tribunal Constitucional y su nueva doctrina social sobre los derechos de los inmigrantes extranjeros ya iniciada con las Sentencias 236 y 259/2007⁴¹⁷, con lo que fue una decisión más de técnica jurídica que meramente política. Por otra parte, la transposición e incorporación al ordenamiento jurídico español de un elenco de distintas directivas europeas en estrecha relación con las migraciones⁴¹⁸, ya advertidas específicamente en epígrafes anteriores. Y, por último, a la entrada en vigor del conjunto de obligaciones derivadas de la ratificación y entrada en vigor del Convenio N° 197 del Consejo de Europa, sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Todo ello sin dejar de tener presente adicionalmente la exigencia de adecuar esta legislación al conjunto de postulados establecidos en el Pacto Europeo para la Inmigración y Asilo, con el fin de incluirla en el proceso de articulación y definición de una política común europea de inmigración.

Atendiendo a estas motivaciones, la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 no se pudo calificar como estructural, sino más apropiadamente como una reforma estructurada atendiendo al propio desarrollo del articulado de la Ley precedente e incidiendo en el mismo a través de sistemáticas, puntuales y concretas reformas, o bien introduciendo nuevos artículos en el conjunto de títulos de la misma.

De este modo, en el título preliminar se encontraron ya novedades destacadas, pues con la introducción de un nuevo artículo –el 2 *bis*- no sólo quedó definida la política de inmigración, el marco competencial autonómico partiendo de la regulación constitucional y los principios por los que se había de regir, sino que también se le dotó de carácter legal a ésta. De por sí, se ha de tener presente que la sola inclusión de este precepto carece de antecedentes en la reciente historia de la legislación reguladora del

⁴¹⁷ Sobre la instauración de esta nueva doctrina social, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., pp. 60-68. Atendiendo a la reforma legal, AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, Á., “La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los Derechos Humanos. (Ley Orgánica 2/2009, de 11 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)”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 22, 2009, pp. 127-133.

⁴¹⁸ La gran cantidad de las mismas incorporadas al texto legal y desarrolladas reglamentariamente en el Real Decreto 557/2011, de 13 de abril, ha supuesto la transposición fiel y de forma muy forzada de las mismas al ordenamiento jurídico español, creando nuevas situaciones a imagen de las establecidas en ellas, LÓPEZ GÓMEZ, J. M., “Análisis jurídico-laboral del Reglamento de extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 22, 2011, pp. 54 y 92.

derecho de extranjería e inmigración en nuestro país. La opción legislativa induce implícita y explícitamente a comprender que a ésta se le otorga un carácter legal⁴¹⁹ en el seno de una ley orgánica, con lo que se manifestó y trató de tender al establecimiento de un marco ahora sí propiamente jurídico-político de conjunto sobre esta realidad social desde el que afrontar su regulación en España. Como se ha venido poniendo de relieve, a lo largo de los años anteriores a la reforma hubo un distanciamiento formal y técnico incompresible entre las dimensiones jurídicas y políticas, pues en muchos aspectos la política del derecho se encontraba alejada del derecho mismo y, en consecuencia, la política de inmigración *stricto sensu* encontraba serias dificultades para su articulación y correcto funcionamiento. Unas dimensiones claves para la adecuada regulación de las condiciones de la posible entrada, estancia y posible retorno de las personas inmigradas en nuestro país, así como de otros aspectos colindantes y directamente relacionados. Con esta inclusión se pretendió reducir esta brecha y fijar jurídicamente un marco estable sobre inmigración entrelazando dos dimensiones claves: la política y la jurídica.

Adicionalmente, en el también nuevo y extenso artículo 2 *ter*, se trataron de especificar el conjunto de principios, programas de acción y actuaciones frente a la integración social de los inmigrantes, destacando la atención prestada especialmente al colectivo de menores extranjeros no acompañados. Se ligó así en dos nuevos artículos imbricados la política de inmigración y la política de integración social de los inmigrantes extranjeros, en cuanto aspectos esenciales a tomar en cuenta y como parte de la actuación decidida de los poderes públicos y del Gobierno.

Ya en el título primero aparecieron novedades en la nueva regulación legal, que se pueden calificar como importantísimas y básicas, no sólo para esta reforma, sino también de cara al adecuado establecimiento del estatuto jurídico de derechos y libertades de los extranjeros en España. Y es que es en esta parte legal donde se reflejaron las reformas imperativas ordenadas por las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y su doctrina social establecida: el reconocimiento de la titularidad y ejercicio a todas las personas inmigrantes extranjeras en igualdad de condiciones que los españoles y conforme a las leyes que los regulan -

⁴¹⁹ Desde esta perspectiva, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La articulación legal de la política de inmigración”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., pp. 65 y ss.

independientemente a su condición y/o situación administrativa- de los derechos humanos fundamentales y su protección jurídica. En consonancia se reconoció la titularidad y ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga para todos los inmigrantes extranjeros; el derecho a la educación obligatoria, básica y gratuita a todos los extranjeros inmigrantes hasta los 18 años; y el derecho a la asistencia jurídica gratuita según lo fijado en los fundamentos jurídicos de las citadas sentencias y según las recomendaciones del Defensor del Pueblo.

Por otra parte, especial mención mereció el derecho a la reagrupación familiar, con la novedad de poder reagrupar a la persona con análoga relación de afectividad al cónyuge en el matrimonio, la facilitación de su acceso al mercado de trabajo y la restricción de la posibilidad de reagrupar a los ascendientes mayores de 65 años con la excepción de que existan razones humanitarias para tal proceso de reagrupación por debajo de la edad advertida⁴²⁰.

Pero es que tampoco, a nivel general, se ha de dejar de obviar cómo en este título se recogieron otro conjunto de derechos del estatuto jurídico del extranjero, esta vez condicionados claramente –tanto en titularidad como en ejercicio- al período de residencia del mismo, aumentándose éstos conforme la residencia legal es más prolongada. Se conforma así una teoría y modelo universalista de los derechos sociales fundamentales y una teoría y modelo de reconocimiento progresivo de los derechos no considerados formalmente como fundamentales en función del tiempo de la residencia legal del extranjero en España.

Por su parte, en el título segundo, es donde se encontró el grueso de la transposición de las directivas europeas ya citadas en epígrafes anteriores. Este hecho originó, ante todo, que se abriese el abanico de nuevas situaciones en las que se puedan hallar los extranjeros, el desarrollo y perfeccionamiento del estatuto jurídico de derechos del residente de larga duración o las orientadas claramente a que la lucha

⁴²⁰ Vid., al respecto, CEINOS SUÁREZ, A., “Implicaciones socioprotectoras del derecho social a la reagrupación familiar del extranjero”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., pp. 321 y ss.; OLARTE ENCABO, S., “Novedades en el derecho de reagrupación familiar del extranjero para la construcción de un nuevo derecho social de integración”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., pp. 345 y ss.

contra la inmigración irregular sea más eficaz y eficiente. En cualquier caso, todas ellas tuvieron dos objetivos claros y elementos comunes: por un lado, el refuerzo del control y el cumplimiento de la normativa relativa al acceso de los extranjeros a nuestro país – nuevo artículo 25.5, paradigmáticamente- y, de otro, la ampliación de los derechos de los residentes de larga duración en otros países europeos –nuevo artículo 33.3, ilustrativamente-.

Muy en consonancia con ello, aparecieron novedades claramente destinadas a la consecución de una inmigración ordenada, legal y vinculada a las necesidades del mercado de trabajo nacional⁴²¹. Tal es el caso, por ejemplo, de la regulación con detalle de la situación nacional de empleo en el marco del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura o el límite a una ocupación y ámbito territorial de las autorizaciones de trabajo iniciales, que dependerán de las Comunidades Autónomas que específicamente tengan competencia al respecto. E, igualmente, también se ha de tener presente el cambio que presentó el contingente de trabajadores extranjeros, pues se vino a sustituir su denominación –no su sentido y alcance- por la de gestión colectiva de las contrataciones en origen⁴²², *ex* artículo 39.

Asimismo, en este título destaca igualmente la atención expresa dedicada a determinados colectivos específicos de extranjeros, como las mujeres víctimas de violencia de género, los menores no acompañados y los investigadores. A cada uno de ellos se les dotó de un estatuto específico y particular con excepciones a las reglas generales que rigen a fin de adaptar la propia ley a la realidad social misma, desarrollado concisamente en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los

⁴²¹ Desde esta perspectiva, VELA DÍAZ, R., “La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería: puntos críticos desde el prisma laboral”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 326, 2010, pp. 8 y ss.

⁴²² Atendiendo a la significación de la misma, sus aspectos básicos, su evolución histórica desde el contingente al concepto actual y, la misma, prevista para el año 2010, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., “La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen a propósito de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 22, 2010, pp. 72 y ss. Desde la perspectiva de gestión y control de la inmigración, CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., “La gestión colectiva de contrataciones en origen. La protección y defensa de la inmigración necesaria: sentido y alcance de una inmigración económico-laboral ordenada”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., pp. 179 y ss.

Extranjeros en España y su Integración Social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009.

En este contexto adquirió una relevancia destacada el que por vez primera y de un modo específico y concreto se hubiese prestado atención a las mujeres víctimas de violencia de género. Y es que se introdujo un nuevo artículo 31 *bis* relativo a la residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. El mismo, poco tiempo después, en aras de establecer unas condiciones legales más propicias para que las mujeres extranjeras inmigrantes denuncien realmente a sus agresores para ejercer de un modo efectivo su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, fue reformado específicamente por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 *bis* y 59 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000⁴²³.

Si, en un primer momento, las mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular que presentasen una denuncia por malos tratos con fundamento en la violencia de género, podían acceder a una autorización provisional de residencia y trabajo a la espera de una sentencia, siendo su expediente examinado por los tribunales y consiguiendo sólo los permisos siempre y cuando hubiese una orden de alejamiento contra el presunto agresor, si era declarada víctima la mujer accedía a una autorización permanente y, si no, se reanudaba su expediente de expulsión. En un segundo momento, tras la modificación introducida por la citada Ley Orgánica, se establece que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género que denuncien al maltratador, pueden solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, siendo posible la extensión de la misma a sus hijos –solamente si cumplen el requisito de edad mínima de 16 años fijado por el Estatuto de los Trabajadores-, siendo la concesión de la misma automática –por tanto, no potestativa-, para que resuelva interinamente su situación hasta que se emita la resolución judicial relativa a la

⁴²³ Sobre el proceso de modificación del artículo 31 *bis*, el debate y las propuestas, sistemáticamente, ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á., “Inmigrante víctima de violencia de género”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 482-483. Reflexionando sobre la visibilidad de este colectivo y la cobertura de sus necesidades por los derechos sociales en el marco de una ciudadanía social inclusiva, DE LUCAS, J., “La presencia (más) invisible. Las mujeres inmigrantes”, en *Estudios sobre género y extranjería*, AA. VV., RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (ed.), PAZ MARTÍN, J. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 9-22. Asimismo, RAMOS QUINTANA, M. I., “Mujeres inmigrantes: la doble discriminación”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 12, 2006, pp. 9 y ss.

denuncia por violencia de género. Una situación protectora⁴²⁴ que se ve reforzada, de un lado, en el artículo 40 k) en el que se establece para el caso concreto de estas mujeres no tener en cuenta la situación nacional de empleo para la obtención de una autorización de trabajo; y, de otro, al comienzo del mismo artículo 31 *bis* cuando se fija el reconocimiento de la garantía de los derechos para estas mujeres reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Para el colectivo de los menores no acompañados –artículo 35- la novedad consistió no sólo en la importancia dada a la correcta integración social de éstos –para lo que los acuerdos firmados por las Comunidades Autónomas serán importantes-, sino también su tutela y la incidencia en la reagrupación con su familia de este menor a través de la repatriación habiendo sido escuchado previamente éste⁴²⁵. Para ello el Gobierno ha de promover el establecimiento de acuerdos con los países de origen. De una parte, ello es muestra de que uno de los aspectos claves de la política de inmigración española es la promoción y diálogo con los países de emigración; pero de otra y en sentido no tan positivo, no quedan reguladas legalmente las garantías suficientes en el proceso de repatriación, pues no se fija quién es el encargado de controlar los informes de la representación diplomática del país del menor ni se va a tener conocimiento del funcionamiento de los servicios de protección de menores de los países de origen. Por esta falta de garantías, la reforma en este aspecto pudo que se identificase más con una expulsión en sentido estricto que con una repatriación en el sentido propio del término y que le lleve de nuevo a reunirse con su familia.

De la misma forma, el nuevo artículo 38 *bis* afectó al colectivo de los investigadores. A éstos se les dota de un régimen especial cuya principal novedad reside en que los mismos pueden tener una autorización de trabajo y permiso de residencia que

⁴²⁴ Sobre la misma, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La mujer extranjera víctima de violencia de género: residencia temporal y trabajo. Medidas de tutela protectoras sociolaborales”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., pp. 489 y ss. ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., “La mujer extranjera trabajadora víctima de violencia de género”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., pp. 425 y ss.

⁴²⁵ *Vid.*, al respecto, PÉREZ REY, J., “Los menores extranjeros”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., pp. 459 y ss.

tiene la facultad de ser prorrogable anualmente bajo dos requisitos: siempre y cuando se mantengan las condiciones establecidas para la expedición de la autorización inicial y cuando los centros de investigación puedan ser habilitados, generalmente durante un período mínimo de cinco años, para la acogida a estos investigadores extranjeros⁴²⁶. Se mostró así para este colectivo concreto una mayor flexibilidad y unas condiciones más laxas en el régimen de autorizaciones administrativas y permisos de residencia, facilitando así la permanencia de extranjeros que colaboren y trabajen en el desarrollo científico en nuestro país. Situación un tanto contraria a lo que ocurre con los trabajadores extranjeros inmigrantes que vienen a desarrollar su actividad en otros sectores productivos y no en el de la innovación científica. Una muestra legal, sin ninguna duda, de selección de los trabajadores extranjeros que realmente se prefieren.

Esta política selectiva y discriminatoria social entre diferentes colectivos de extranjeros presentes en nuestra sociedad atendiendo a su cualificación y posible categoría profesional se acentuó con el nuevo artículo 38 *ter*, referente a la residencia y trabajo de extranjeros profesionales altamente cualificados⁴²⁷. Las condiciones para éstos han sido específicamente y *ad hoc* definidas, no faltando referencias a lo largo del articulado a éstos en forma de excepciones flexibilizadoras de todo lo exigido para los trabajadores inmigrantes extranjeros. Independientemente a algunos aspectos objeto de desarrollo reglamentario, paradigmáticamente, en el mismo se precisan quienes serán considerados profesionales altamente cualificados –aquellos quienes acrediten cualificaciones de enseñanza superior o tengan un mínimo de cinco años de experiencia profesional equiparable-; la obtención por parte de éstos de una tarjeta azul de la Unión Europea; la excepcionalidad en la no observación de la situación nacional de empleo para su contratación, según condiciones que se fijan reglamentariamente –en relación con el artículo 40.2 b)-; y, asimismo, se establece que en caso de cumplimiento de la

⁴²⁶ VILA TIERNO, F., “El visado de investigación”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, AA. VV.*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., pp. 476-478.

⁴²⁷ Sobre los mismos, ROMERO CORONADO, J., “Residencia y trabajo de extranjeros altamente cualificados”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., pp. 697 y ss.; FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “Los extranjeros profesionales altamente cualificados”, *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., pp. 497 y ss.

autorización como profesional altamente cualificado, en vez de pesar sobre él la amenaza de expulsión ante su no regreso a su país, se fija la posibilidad de concesión de una autorización de estancia temporal no sólo para este extranjero cualificado, sino también para los miembros de su familia.

En el título tercero se amplió el catálogo de infracciones con la pretensión de luchar contra la inmigración irregular y evitar actuaciones que violen la ley: la promoción de la inmigración irregular de un modo indirecto o evitar matrimonios de conveniencia, paradigmáticamente. Además, en directa relación, se amplió el plazo de internamiento a sesenta días en cumplimiento en parte de una de las directivas europeas mencionadas y las sanciones económicas se vieron incrementadas para toda la casuística relacionada de infracciones⁴²⁸. Se trata así de advertir legalmente a los extranjeros inmigrantes de que si en nuestro país no regularizan su situación o se incluyen en el padrón a efectos de tenerlos controlados socialmente –independientemente a que dé acceso a derechos sanitarios y educativos, entre otros-, pueden ser sancionados de mayor o menor gravedad. Es el claro reflejo de la política de inmigración ordenada y de control de flujos pretendida por el Gobierno y apoyada en este reformado marco jurídico-legal.

Y ya en el último título, el cuarto, adquieren especial relevancia un elenco de novedades que tienen la finalidad de impulsar y reforzar no sólo la coordinación, sino también la cooperación de todas y cada una de las distintas Administraciones Públicas en materia de inmigración y, en sentido análogo, la institucionalización de la participación al respecto de las diferentes organizaciones sindicales y empresariales con carácter más representativo. Muestra de ello es la incorporación legal de la Conferencia Sectorial de Inmigración o de la Comisión Laboral Tripartita⁴²⁹.

⁴²⁸ Desde una perspectiva general atendiendo a la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, MOLINA NAVARRETE, C., “El nuevo derecho sancionador en materia de inmigración y extranjería: principales novedades y puntos críticos”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., pp. 733 y ss.

⁴²⁹ En relación a las mismas, CABEZA PEREIRO, J. “El rol coordinativo de las diferentes administraciones públicas: la conferencia sectorial de inmigración” y MORENO VIDA, M^a N., “El reconocimiento implícito del carácter laboral de la inmigración. La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración: composición y funciones”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., pp. 787 y ss.

En consecuencia, el nuevo y reformado marco legal de la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009 tiene como principales destinatarios a los inmigrantes extranjeros que residen en España de un modo legal –en situación administrativa regular-, con las correspondientes autorizaciones de trabajo y permisos de residencia, excluyendo específicamente a los comunitarios salvo en aquellos aspectos que les pudieran ser más beneficiosos. En un plano secundario esta reforma situó como destinatarios también a las personas inmigrantes extranjeras en situación ilegal o irregular, pues tan sólo se ocupó de ellos para garantizarles el acceso a los derechos humanos fundamentales que tienen todas las personas por el hecho de serlo. Ahora bien, con la restricción de que ello no se constituye en un obstáculo a la capacidad estatal en la imposición de límites a su permanencia y residencia cuando ésta no sea legal. Se abre así una brecha de tratamiento legislativo a unas mismas personas pero con diferente condición administrativa, manteniéndose por tanto el espíritu de las reformas legales anteriores. Una fractura social de tratamiento incrementada y acentuada en diferenciación y discriminación favorable hacia el nuevo colectivo recogido legalmente de los extranjeros profesionales altamente cualificados.

Paralelamente y por último, junto a las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 4/2000, se han venido aprobando y entrando en vigor los Reglamentos de desarrollo, tanto de ésta como de cada una de las leyes posteriores citadas que han reformado a la primera. Tal es el caso del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social; y del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre de 2004, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social⁴³⁰. Estos reglamentos: de una parte, no han incidido de forma nítida sobre el estatuto jurídico de derechos de las personas inmigrantes extranjeras, ya que por su carácter reglamentario, no adicionan derechos sustantivos a los establecidos legalmente y, por su carácter procedimental, no desarrollan ninguno de los mismos; y, de otra parte,

⁴³⁰ Sobre ambos, monográficamente, AA. VV., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001), MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., (dirs.), cit., pp.1059 y ss. MOLINA NAVARRETE, C., ESTEBAN DE LA ROSA, G. y ARCE JIMÉNEZ, E., *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005. AA. VV., *Comentarios al reglamento de extranjería*, AA. VV., RAMOS QUINTANA, M. I. (dir.) y ROJAS RIVERO, G. P. (coord.), cit.

tampoco han introducido aspectos que cambien y modifiquen sustancialmente el modelo vigente en cada momento de política jurídica de inmigración por su gubernamentalización inherente, teniendo siempre la misma el trasfondo de facilitar modificaciones en la medida que así lo demande el ciclo socioeconómico o político⁴³¹. Sin embargo, en líneas generales sí han pretendido: en primer lugar, un fomento de la situación de regularidad administrativa de las personas como medio para dotar de eficacia a la constante lucha y política contra la inmigración en situación administrativa irregular; en segundo lugar, en lógica conexión con la anterior, una tramitación administrativa ágil y eficaz que cubra de contenido material, sentido y alcance a la regulación jurídico-formal establecida; y, en tercer lugar, una regulación diferenciada del cupo de trabajadores inmigrantes extranjeros aludiendo y atendiendo a figuras tales –entre otras- como los contingentes o los catálogos de ocupación de difícil cobertura⁴³². En definitiva, una orientación para la política jurídica de inmigración incidente en el desarrollo y mayor concreción de la gestión, seguimiento y revisión de los flujos de personas inmigrantes, en clara conexión con la pretensión de ordenarlos adecuada –y principalmente- con respecto al mercado de trabajo y sus necesidades.

La esencia de estos caracteres están aún matizadamente presentes, si bien claramente esta última tendencia apuntada sigue inspirando el último reglamento de desarrollo aprobado -y vigente actualmente- por medio del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009. La aprobación y entrada en vigor de éste se produjo con un cierto y considerable retraso respecto a los plazos legales exigidos. Y es que en la disposición final de la Ley Orgánica 2/2009 se dispuso que *el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley Orgánica, dictará cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo sean necesarias*. Es decir, la norma reglamentaria tuvo formalmente la fecha límite del 12 de junio de 2010 para su

⁴³¹ Vid., al respecto, RAMOS QUINTANA, M. I., “Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo: nuevas vías y modalidades de contratación”, *Revista Justicia Laboral*, núm. 23, 2005, pp. 13 y ss.

⁴³² Estos objetivos son comunes a todos los reglamentos, de tal modo que son intemporales y nítidamente identificables en cada uno de los mismos, PALOMAR OLMEDA, A., “Apuntes sobre el desarrollo legal postconstitucional de la regulación de extranjería en España”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, 4ª ed., AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), cit., pp. 160-161.

aprobación en Consejo de Ministros. No fue así, entre otras motivaciones generales, por la situación acuciante de crisis económica y de empleo, el gran paquete de normas laborales y de Seguridad Social de reforma que se aprobaron en esas fechas, junto, más concretamente, al consenso y minuciosidad que se persiguió con el mismo, a fin de dotar de estabilidad a todo el bloque normativo regulador de la extranjería e inmigración en España.

Para cumplir la finalidad perseguida, el Real Decreto 557/2011 fue más que una mera adaptación reglamentaria de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, hasta el punto de que contiene más novedades que las legalmente introducidas por la Ley Orgánica 2/2009, si bien obedece también y desarrolla las mismas⁴³³. En cualquier caso, éste responde: en primer lugar, a la consolidación de un modelo basado en la regularidad y vinculado al mercado de trabajo, siendo muestra de ello la relevancia de las autorizaciones administrativas de trabajo y la particularización que han experimentado atendiendo a los distintos colectivos de extranjeros –menores, mujeres, trabajadores extranjeros altamente cualificados-, o la regulación concreta desarrollada de la gestión colectiva de contrataciones en origen; en segundo lugar, al fomento de la integración y de la igualdad de derechos y deberes, a través de la confirmación de la defensa de la convivencia sustentada en los principios de igualdad, ciudadanía e interculturalidad como base para la adecuada promoción de la integración y gestión de la diversidad cultural siguiendo el principio de igualdad de derechos humanos fundamentales entre todas las personas, sean nacionales, comunitarios o extranjeros⁴³⁴; en tercer lugar, al fortalecimiento de la cooperación entre administraciones, reconociendo el rol esencial de las Comunidades Autónomas en materia de integración

⁴³³ Por su densidad y extraordinaria extensión -266 artículos agrupados en 25 títulos y 25 disposiciones adicionales-, ha sido calificado como *novísimo* Reglamento de Extranjería, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Introducción”, en *El novísimo reglamento de extranjería*, AA. VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2011, p. 11. Aludiendo a esta extensión, por la minuciosidad y la sistematicidad que tiene, también se ha argumentado que es extremada e innecesariamente largo, redundante y repetitivo, LÓPEZ GÓMEZ, J. M., “Análisis jurídico laboral del Reglamento de extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”, cit., p. 54. En esta dirección, incidiendo en su complejidad, MOLINA HERMOSILLA, O. y VELA DÍAZ, R., “El esperado reglamento de extranjería: principales novedades en la regulación de la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 344, 2011, p. 100.

⁴³⁴ En este sentido, resaltando este objetivo junto a otras líneas principales del Reglamento, AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, Á., “El nuevo reglamento de la ley de extranjería”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 26, 2011, pp. 84-85.

social y de procedimientos administrativos, independientemente a que tengan asumidas una mayor o menor competencia sobre éstos últimos; y, en cuarto lugar, a la mejora del rigor, la transparencia y la objetividad en los procedimientos, incluyendo mecanismos de fomento y garantía de la movilidad, como es el caso de la exigencia de mayor estabilidad a los contratos entre empleadores españoles y trabajadores extranjeros o la regulación detallada del retorno voluntario de personas extranjeras a sus países de origen, permitiéndoles así la búsqueda de oportunidades de vida fuera de España.

3.2.3.- Delimitación del modelo vigente y sus rasgos caracterizadores

Atendiendo al marco jurídico-legal reformado por la Ley Orgánica 2/2009, el poder político trata, ante todo, de poner en marcha una política jurídica de inmigración no sólo dotada formalmente de carácter legal como gran novedad de alcance destacado en esta reforma –nuevo artículo 2 *bis*- sino también que garantice: los derechos humanos fundamentales pertenecientes a todas las personas según doctrina consolidada ya del Tribunal Constitucional; la construcción de un acceso progresivo a otros derechos de configuración legal a partir de la residencia legal; el perfeccionamiento del sistema de inmigración legal y ordenada con fundamento en las necesidades del mercado de trabajo; la consideración de la integración como uno de los ejes de esta política, para lo que se han de favorecer las oportunidades de integración de las personas inmigrantes dotando de medios suficientes a las Administraciones encargadas de desarrollar las políticas; el aumento de la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo la llegada de la misma y haciendo más ágiles las repatriaciones; la adaptación normativa de las competencias recogidas en distintos Estatutos de Autonomía en relación a la concesión de autorizaciones de trabajo a las competencias de ejecución laboral y, en igual sentido, a las relativas a acogida e integración; y la consolidación del diálogo social tanto en la definición como puesta en marcha de la política de inmigración.

Del conjunto, se desprenden unos rasgos propios e inherentes a este nuevo modelo de regulación político-jurídico de la inmigración en España: la integración de las personas inmigrantes, la canalización legal y ordenada de los flujos y la lucha contra la inmigración irregular son las prioridades de la política de inmigración, que a su vez se

tiene que desarrollar de acuerdo con la política comunitaria de inmigración, cooperando con los terceros países de origen y tránsito de la inmigración y coordinando las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas con competencia en la materia, teniendo como referente el nuevo marco competencial construido con las reformas de los Estatutos de Autonomía; la mejora de las garantías de los derechos humanos fundamentales para todas las personas extranjeras; la integración social como eje principal de la política de inmigración; la vinculación de la inmigración que ha de llegar con la situación del mercado de trabajo; y el establecimiento de una totalidad de medidas incrementadoras del control sobre la inmigración irregular y la eficacia de los sistemas de repatriación.

De este modo, las motivaciones, las intenciones y los objetivos justificativos tienen sentidos, alcances y argumentaciones diferentes y amplias –omnicomprensivas– en orden a la construcción de un nuevo marco jurídico-político regulador de la inmigración en España que esté vigente durante años con una cierta estabilidad legislativa al respecto en coordinación con las Comunidades Autónomas y con la Unión Europea. En aras de ello, en el *íter* de su elaboración, desde el primer anteproyecto de reforma hasta la aprobación definitiva del texto legal, pasando por el proyecto inicial aprobado el 26 de junio de 2009 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 1 de julio del mismo año, fueron importantes y sucesivos los cambios sufridos en la propuesta de articulado mediante numerosísimas enmiendas, porque se pretendió por parte del Gobierno que siempre hubiese consenso en y para con la misma. Así, constantemente, se fueron escuchando y atendiendo los informes y propuestas constructivas de distintas organizaciones sociales, jueces e instituciones.

A) Los principios de la política inmigratoria. Análisis político-jurídico

La reforma operada en la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, pasará a la historia de la política jurídica contemporánea de inmigración por ser la primera en que se establecieron, por parte del legislador, un conjunto de principios que deben regir e inspirar la acción política del Estado en esta materia. Derecho y política del derecho quedan estrechamente relacionados en el reformado y nuevo –en este aspecto concreto– marco regulador de la extranjería e inmigración en España. A

priori e independientemente a su forma, la valoración de su inclusión debe de ser valorada como positiva. Desde el propio texto legal se está ordenando la política de inmigración desde un conjunto amplio de líneas esenciales que la han de inspirar y que necesariamente han de ser observados.

La técnica jurídica utilizada para este entrelazamiento legal entre las dimensiones política y jurídica para su regulación fue mediante el establecimiento de un conjunto de principios. Éstos aparecen recogidos en una relación sistemática compuesta por diez apartados de distinta naturaleza político-jurídica, muestra igualmente de la transversalidad del propio Derecho regulador de la inmigración. Por tanto, se pueden calificar los mismos como principios rectores de la política de inmigración española. La implicación técnico-jurídica directa y clave, derivada de los mismos para su desarrollo y puesta en práctica con eficacia para el cumplimiento de sus pretensiones, es su influencia en el campo social, económico y político a través de su reflejo en la propia actividad legislativa –tomando como punto de partida la propia en la que se hallan– directamente relacionada con la inmigración, para así dotarlos de la correspondiente exigibilidad y garantía jurídica. Éste debe de ser el auténtico y genuino sentido y alcance que necesariamente tienen que poseer en el marco de una legislación para su desarrollo y coherencia jurídica para con ellos mismos.

La premisa desde la que se partió para configurar y relacionar estos principios uno tras otro fue el interés explícito por la puesta en marcha de una política de inmigración legal y ordenada con fundamento en los anteriores. La consecuencia más inmediata derivada de esta especificación es que, implícitamente, el legislador muestra interés concreto y apuesta en y por una inmigración sólo en la medida necesaria para España. Se impone, pues, una lógica de control sociopolítico de la inmigración en la que se insta –desde la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009, en su apartado tercero y quinto– a la ordenación y canalización legal de la inmigración atendiendo a la capacidad de acogida de la sociedad y a las necesidades reales del mercado de trabajo⁴³⁵. Para ello no sólo sigue teniendo una trascendencia

⁴³⁵ Sistemáticamente, desde una perspectiva jurídico-crítica, valorando la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2009 utilizando a los principios de la política inmigratoria recogidos en el artículo 2 bis.2 de la vigente Ley Orgánica 4/2000 como parámetro, VIANA GARCÉS, “Los principios de la política inmigratoria de la LODYLE y su reflejo en el Reglamento”, en *La nueva regulación de la inmigración y*

importantísima las autorizaciones de trabajo y permiso de residencia atendiendo a la propia legalidad para el estatuto jurídico de derechos de la persona inmigrante extranjera, sino que también la misma se tiene que ajustar –principalmente- a las necesidades de nuestro mercado de trabajo para acceder, permanecer y/o reincorporarse a él desde la más estricta legalidad⁴³⁶. Adquiere así una dimensión esencial la plena efectividad y adecuación a la realidad social de la inmigración que ha de tener en nuestro país el conjunto de medidas jurídico-políticas articuladas para la entrada y permanencia de estas personas. Sigue imperando, por ende, en esta nueva reforma, la esencia controladora de la inmigración –presentes en las anteriores reformas del texto legal- y no la social: la inmigración tiene por protagonistas a personas que pretenden alcanzar una dignidad vital consustancial al grado de desarrollo humano inherente al siglo veintiuno en el que nos encontramos, y no ser considerados como personas mercantilizadas por su mano de obra y trabajo.

Más allá de los principios –que seguidamente se analizarán- se está concibiendo desde un primer momento a esta política de inmigración como una política de carácter instrumental y defensiva⁴³⁷: sólo aquellas personas inmigrantes extranjeras que coyunturalmente en cada momento se necesiten. No se tiene consideración alguna respecto al proyecto vital de estas personas, resquebrajándose el propio valor de una ciudadanía social fundada sobre los valores de la inclusión, la igualdad, la solidaridad y la justicia social. Y, lo que es más importante aún, el sentido y alcance de la ciudadanía en cuanto pertenencia de una persona a una comunidad política en su triple dimensión – civil, política y social- queda fuera y expulsada legalmente del ámbito de la política de inmigración.

la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009, BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J., MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., pp. 46-59.

⁴³⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (I y II)”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 19 y 20, 2010, pp. 64 y ss. y 73 y ss., respectivamente.

⁴³⁷ Para un sector de la doctrina *iusfilosófica*, esta caracterización implica que la propia política de inmigración se convierta en el cáncer del multiculturalismo, DE LUCAS, J., “Políticas de inmigración, derechos, ciudadanía”, en *Derechos Humanos e Inmigración. Una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, AA. VV., NIETO GARCÍA, L. (dir.), Imprenta Comercial, Motril, 2003, p. 18.

Junto a esta exclusión, la amplia relación de los principios carece de lógica técnico-sistemática interna, pues pese a ser distintas las dimensiones que se ven afectadas –todas relacionadas con la inmigración- y en las que se pueden agrupar los mismos –e incluso reunir o refundir en un mismo apartado o letra- no se ha hecho así⁴³⁸, pareciendo en algunas ocasiones determinados aspectos muy reiterativos. Cuando más que probablemente la reiteración no signifique la eficacia de ese principio y sí tienda a confundir. El único elemento de claridad en la técnica legislativa es la adecuada y correcta separación de los mismos en el apartado segundo de este artículo 2 *bis*, al mencionar expresamente al respecto que todas las Administraciones Públicas han de fundamentar el ejercicio de sus competencias relacionadas con la inmigración en el respeto a los principios que se analizan, desde una perspectiva político-jurídica, a continuación.

A.1) La coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea

Este es el primero de los principios que aparecen relacionados. Como ya se apuntó en epígrafes anteriores, la política de inmigración española –tal y como se define desde el marco legal- se tiene que coordinar eficazmente tanto a nivel infraestatal –atendiendo al nuevo marco de delimitación competencial en materia de inmigración y el protagonismo de las Comunidades Autónomas- como a nivel supraestatal. Se debe, por una parte, a la pertenencia e inclusión en la Unión que supone la adecuada y correspondiente coordinación con las políticas definidas por ésta y, por otra parte, a los acuerdos internacionales bien bilaterales o bien multilaterales en materia de inmigración susceptibles de ser firmados entre Estados para la regulación concreta de determinados aspectos. Esta coordinación adquiere el carácter de necesaria y esencial para una política de inmigración que se pretenda que esté conectada con la realidad social sobre

⁴³⁸ Pese a ello, doctrinalmente sí se ha intentado agrupar a los mismos sobre la base de los principios relativos a la cooperación internacional, los referidos a la persecución de actividades ilegales frecuentes en materia de inmigración, aquellos sobre la situación general de los inmigrantes extranjeros y, por último, los de carácter socioeconómico, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CHARRO BAENA, P., “Artículo 2 *bis*. La política migratoria”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., p. 96.

la que actúa. Se convierte así en uno de los pilares básicos para el adecuado tratamiento político-jurídico de la realidad poliédrica de la inmigración en España⁴³⁹.

A.2) La ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con la situación nacional de empleo

El segundo de los principios relacionados se encuentra en muy estrecha conexión con el propio carácter por el que se ha apostado desde la definición y caracteres de la política de inmigración legalmente establecida. Partiendo de la estrecha conexión de la inmigración con su núcleo laboral esencial, se establece explícitamente que los flujos migratorios laborales se ordenan según las necesidades de la situación nacional de empleo. Destacan, al respecto, dos aspectos esenciales: de un lado la especificidad aludida de flujos migratorios laborales, cuando hubiese sido más correcto técnicamente la expresión inmigración laboral –o económico-laboral- para una adecuada designación de la realidad a la que el legislador hace referencia con este principio rector; y, de otro lado, el hecho de la alusión y rescate en dicho principio de un concepto jurídico indeterminado como es la situación nacional de empleo, heredado tanto de las legislaciones de extranjería e inmigración como de la política de inmigración anteriores a esta reforma⁴⁴⁰. Esta situación nacional de empleo no es más que un principio preferencial del trabajador nacional y comunitario sobre el inmigrante extranjero que viene de fuera. Para que éste acceda a un puesto de trabajo, primeramente, se tiene que comprobar y corroborar por los servicios públicos de empleo que no existe en el mercado de trabajo ningún nacional ni comunitario que se ajuste al perfil deseado y solicitado para el desarrollo de la actividad laboral⁴⁴¹. En vez de una

⁴³⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., y GALLEGO MORALES, A., “Comentario al Artículo 1. Delimitación del ámbito”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., p. 68.

⁴⁴⁰ Insistiendo en una correcta interpretación de la misma, ante las distintas posiciones jurisprudenciales y de la Administración que remiten vagamente a la misma, CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones de trabajo de extranjeros*, cit., pp. 85-88. Sobre la evolución de la misma, BALLESTER PASTOR, M^a A., *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, cit. pp. 83 y ss.

⁴⁴¹ En este sentido, SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, cit., pp. 321-333. Desde una perspectiva jurídico-crítica, CEINOS SUÁREZ, Á., “El Servicio Público de Empleo Estatal y el acceso de los

libre concurrencia de personas de igual condición –trabajadoras- ante una oferta para un puesto de trabajo a cubrir, se considera a la persona inmigrante extranjera como segunda opción con fundamento en un condicionante adicional –nacional de un tercer Estado-.

Encaja así perfectamente este principio con el propio carácter y lógica de control -atendiendo a las necesidades del mercado de trabajo- del modelo vigente de política de inmigración que se puso en marcha con fundamento en los mismos, reafirmando con ello el carácter laboral de la inmigración. Una inmigración que, atendiendo a este principio, vendrá a ocupar puestos de trabajo para los que los trabajadores nacionales –y comunitarios- no se encuentran preparados y/o que rechazan su realización, coincidentes precisamente con aquellos que exigen menor cualificación profesional, más precarios y con peores condiciones laborales y de protección social. Se asocia legalmente inmigración con personas que realizan un trabajo sin una elevada cualificación profesional. Una situación que ya existía en la realidad social más cercana y sobre todo en determinados ámbitos geográficos de España donde, precisamente, es necesaria una mayor mano de obra bien temporalmente o bien de un modo más definitivo por el carácter y naturaleza de la propia actividad laboral a desarrollar, conformándose por tanto los denominados nichos laborales: trabajos concretos que se asocian con población inmigrante y que, incluso, actúan como focos de atracción para éstos⁴⁴². La lógica social de la política de inmigración en este aspecto queda en entredicho, seriamente afectada y resquebrajada.

Pero tampoco se ha de obviar que para que este principio adquiera mayor relevancia, sentido y alcance en clara concordancia con la inmigración necesaria, deben de funcionar con la mayor eficacia de las posibles el conjunto de mecanismos articulados para el acceso al mercado de trabajo y que los mismos se aproximen al máximo a la realidad social actual de la inmigración –tercera causa justificante de la reforma según el apartado cuarto de la exposición de motivos-. Tanto la gestión colectiva de las contrataciones en origen como diferentes catálogos de ocupaciones

extranjeros al mercado de trabajo: ¿algún espacio para los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas?”, en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, AA. VV., cit., pp. 226-236.

⁴⁴² VALDUEZA BLANCO, M^a D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 201-207.

publicados a lo largo del año han de responder certera, acertada y verdaderamente a las necesidades del mercado de trabajo, atendiendo a especificidades concretas según Comunidades Autónomas, con lo que éstas también serán responsables del correcto funcionamiento de la nueva lógica de la política de inmigración –como ya se apuntó-. Sólo así el derecho se aproximará a la política del mismo y no como hasta ahora en relación a este aspecto, pues en el caso concreto de estos mecanismos estaban totalmente alejados de la realidad social haciendo que la política de inmigración, en cierto sentido y al respecto, fracasase. Para que no vuelva a ocurrir, un reto político-jurídico muy importante el que tiene por delante el poder público atendiendo al nuevo marco regulador de la inmigración.

A.3) La integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía

El tercero de los principios aludidos es la integración social de los inmigrantes. Este principio rector posee una importancia trascendental para el auténtico y genuino significado de la política de inmigración. Ésta no puede dejar de lado la integración de estas personas en la sociedad y comunidad política en la que se hallan. Como se ha puesto de relieve, hasta no hace mucho y derivado de los modelos jurídico-políticos reguladores de la inmigración, la integración social quedaba fuera. Formal y materialmente quedaba configurada como una política complementaria⁴⁴³. Perspectiva y concepción que cambia desde la originaria y no reformada Ley Orgánica 4/2000. Circunstancia distinta era la atención jurídico-legal que se le prestaba en su articulado y el alcance y reflejo de la misma en la política de inmigración.

En este sentido, la principal novedad que se encuentra en el reformado modelo de regulación jurídico-político de la inmigración es no sólo su reconocimiento específico en un nuevo artículo –el 2 *ter*- titulado concretamente integración de los inmigrantes –faltando el adjetivo social-, sino también y más clave aún, relacionar directamente y considerar parte y eje de la política de inmigración a la integración

⁴⁴³ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., pp. 43-46.

social. Así, ésta es una dimensión esencial sobre la que se debe de fundamentar aquélla. Pero con dos particularidades, pues el modelo de integración propuesto se debe de construir y realizar, en primer lugar, desde la defensa de los derechos humanos, su contenido e implicaciones como estándar mínimo de partida para así favorecer los poderes públicos la plena integración y garantizar la convivencia –según el apartado tercero de la exposición de motivos-; y, en segundo lugar, implícitamente reconociendo al trabajo –lo sociolaboral de la inmigración- como elemento clave de la integración, como medio para su adecuada consecución. El trabajo como juez y parte de la integración social de los inmigrantes. Ello es analizado más adelante, en un epígrafe específico. Sólo tomando en serio estos postulados, a modo de particularidades a concretar y tener en consideración por las políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía, será factible de realización material y formal este principio.

A.4) La igualdad efectiva entre mujeres y hombres

Con este cuarto principio -la igualdad efectiva entre mujeres y hombres-, implícitamente se trata de evitar la violencia de género en sus distintas manifestaciones que sufren las mujeres –inmigrantes extranjeros en este caso-⁴⁴⁴. Se da respuesta así al Plan de Atención y Prevención de la Violencia de Género entre la Población Inmigrante para los años 2009-2012, pues recogía la propuesta político-jurídica específica y concreta de la introducción en el reformado marco legal regulador de la inmigración de este principio como uno de los ejes de la política de inmigración. Pero eso sí, la petición tenía una dimensión más implicadora y comprometida que la que finalmente ha alcanzado: defendía la garantía efectiva de la igualdad entre mujeres y hombres. Su consecución puede pasar por el objetivo de la consolidación efectiva de la incorporación de la perspectiva de género en todas las fases de las políticas migratorias, pues es objetivo del área de género del II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)⁴⁴⁵. En cualquier caso, si ya se ha apuntado que el Derecho regulador de la

⁴⁴⁴ Vid., al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 115-121.

⁴⁴⁵ En este sentido, AA. VV., *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, cit., p. 223.

inmigración destaca por su transversalidad, en el tema del género y la perspectiva de género también resalta igualmente este carácter, siendo muestra de ello la inclusión de este principio rector en la política jurídica de inmigración.

Se ha de tener presente como premisa que uno de los factores que ha incidido en la consolidación de la inmigración como una realidad estructural inherente a la sociedad española del siglo XXI ha sido la inmigración femenina. Es así porque en años no tan lejanos, cuando la inmigración tenía un carácter más temporal, solían emigrar desde sus países de origen hacia España los cabezas de familia, coincidente en la figura del varón. Éste, no sólo se sustentaba a sí mismo en el país de destino como persona inmigrante trabajadora sino que también enviaba periódicamente unas remesas económicas a su país de origen para el mantenimiento de su familia. Con el clima de bonanza económica y de desarrollo vividos en los países receptores de inmigración en las últimas dos décadas del siglo XX, entre ellos España, poco a poco y paulatinamente hizo que no sólo la inmigración dejase de tener un carácter coyuntural y se transformase en definitiva, sino que también fuese protagonista el cónyuge e, incluso, los hijos. Fue clave para ello el derecho de reagrupación familiar, pues permite, bajo unas condiciones legalmente establecidas y reformadas, que los familiares más allegados del miembro familiar emigrado se reagrupen en España y puedan reiniciar su vida en la que el trabajo desempeña un instrumento clave para su inclusión social y laboral⁴⁴⁶. Pero tampoco se ha de olvidar que, con el transcurso de los años, el éxito de aquéllos que emigraron un día y la situación de necesidad, las mujeres individualmente consideradas, independientemente a su estado civil y/o a su cónyuge o pareja sentimental, decidiesen iniciar el proceso migratorio para la consecución de un nivel de vida propio y digno, siendo el trabajo un aspecto clave⁴⁴⁷. Esta circunstancia ha conllevado que la violencia de género también presente una incidencia notable en estas mujeres, bien por tener cónyuge nacional o bien por su cónyuge también inmigrante extranjero o pareja sentimental de idéntica condición. Es así porque esta violencia hunde sus raíces en la propia concepción sociocultural de la consideración de la mujer como una persona

⁴⁴⁶ Perspectiva defendida por MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre de 2007 (y II)”, cit., pp. 16-19.

⁴⁴⁷ Desde una perspectiva crítica, MESTRE, R., “Por qué las inmigrantes no trabajan. Breve crítica feminista al derecho de extranjería”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 36, 1999, pp. 22 y ss.

inferior y sometida al hombre, lo que tiene importantísimas consecuencias relativas a la su situación de desigualdad y discriminación. Y esta concepción, por desgracia, no conoce ni distingue entre Estados, fronteras, nacionalidades o culturas.

Desde la perspectiva de género se trata de implantar un concepto de igualdad radicalmente diferente presente en el principio analizado. Esta nueva concepción necesariamente se debería de entender como una situación objetiva en la que tanto hombres como mujeres –independientemente a su nacionalidad y condición- tengan una posibilidad efectiva de desarrollar sus capacidades personales propias y, en consecuencia, decidir el destino de su vida sin condicionante alguno relativo a los roles tradicionales impuestos a los distintos sexos e independientemente a las fronteras nacionales y culturales. De esta manera, es como únicamente se harían visibles las desigualdades existentes entre hombres y mujeres y las posibles consecuencias de marginación o exclusión social derivadas para éstas últimas⁴⁴⁸. Para esta igualdad y sus intenciones y tratamiento es clave el concepto de *mainstreaming*. Es decir, el intento de abordar los problemas de igualdad de género en el seno del conjunto de las tendencias dominantes de la sociedad: las direcciones, las organizaciones y las ideas originadoras del nacimiento de decisiones sobre política de carácter específico y los recursos que al respecto contemplan políticas generales –es el caso la de inmigración-; sin olvidar su conexión directa con la regulación de derechos y deberes y con la incorporación de medidas legislativas concretas con la pretensión de corregir y eliminar toda forma de discriminación por razón de género⁴⁴⁹. Por lo tanto, la comprensión de los problemas de igualdad entre hombres y mujeres desde esta conceptualización conecta directamente con la perspectiva de género, pues supondría la integración de ésta.

En este sentido, se plantea para el derecho un reciente desafío: unos argumentos nuevos que, tomando en serio esta perspectiva de género, superen la parcialidad y la

⁴⁴⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género”, *Relaciones Laborales*, Volumen II, 2001, p. 71.

⁴⁴⁹ CANO GALÁN, Y., “Comentario a los artículos 14 a 22”, en *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., (dirs.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 160-162. Para profundizar en este concepto y su aplicación en España en el caso concreto de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, *vid.* MONEREO ATIENZA, C., “Reflexiones críticas sobre igualdad de género a raíz del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres aprobada el 21 de diciembre de 2006”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007, pp. 7-12.

falta de universalidad del discurso jurídico. La introducción de este punto de vista en el análisis y aplicación del derecho es una herramienta clave, el primero de los pasos, pues sería una contribución de gran valor para la resolución del conflicto de valores existente y, de forma derivada, de roles. Para ello es trascendental la introducción de un universalismo epistemológico para la interpretación de los conceptos jurídicos, sobre todo de aquellos estrechamente relacionados con la familia, la igualdad y la libertad de las mujeres⁴⁵⁰. Un desafío que el derecho regulador de la inmigración ha superado con creces en esta nueva regulación de la inmigración en nuestro país porque no sólo ha prestado atención a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, sino que también ha fijado la igualdad entre mujeres y hombres como principio rector de la política de inmigración, extendiendo por tanto esta igualdad pretendida al ámbito de la política con claras implicaciones socioprotectoras. En ello ha jugado un papel muy destacado el principio de transversalidad, por el que la perspectiva de género, en el ámbito jurídico-normativo, ha supuesto que el concepto género posea un carácter global y básico, con una clara tendencia a la eliminación del conjunto de estereotipos asociados a la dominación del sexo masculino y de sumisión del sexo femenino en el amplio elenco de ámbitos de las relaciones humanas reguladas por el derecho.

A.5) La efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley.

El quinto de los principios es el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones para aquellos inmigrantes extranjeros que residen o trabajan legalmente en España, formulado a través del principio de no discriminación. Con ello se trata de proteger a estas personas inmigrantes extranjeras en relación a los nacionales y comunitarios, asegurándoles una igualdad de derechos que también aparece como clave para la integración social de los mismos. La política de inmigración y su conjunto de

⁴⁵⁰ RUBIO CASTRO, A., “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores”, en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos*, 2ª edición, AA. VV., RUBIO CASTRO, A., (coord.), Consejería de la Presidencia, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2004, p. 29.

acciones ha de actuar como instrumento político-jurídico con el que plasmar en la realidad una igualdad de tratamiento y no discriminación en la atribución de derechos a estas personas con base a los términos previstos en la Ley y para sólo aquellos que se encuentren en situación regular en nuestro país –con las autorizaciones de residencia y trabajo-.

Sin embargo, desde una perspectiva social jurídico-protectora de la política de inmigración, se olvida de la otra realidad a la hora de impulsar y garantizar una igualdad de trato y no discriminación para con los inmigrantes extranjeros, pues carece de mención la realidad social de la inmigración irregular, del conjunto de personas inmigrantes extranjeros presentes que, o bien entraron de un modo irregular a España saltándose los modos previstos al efecto o bien han quedado en esta situación tras estar en situación de regularidad administrativa durante un tiempo. La política de inmigración no tiene ningún principio inspirador de acción para con el otro conjunto de personas extranjeras inmigrantes, originando de un modo explícito un tratamiento, diferenciación y discriminación legal sobre personas con diferente condición administrativa. No se observa y, por tanto, desde el marco político se va contra el principio de igualdad de trato de todas las personas que mantienen una relación laboral –independientemente a su nacionalidad- establecido legalmente en los artículos 17 del Estatuto de los Trabajadores y 3 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Jurídica y políticamente, sin tener presente la legalidad, se está creando una fractura social de tratamiento desigual en el marco de un Estado social y las implicaciones sobre la igualdad que tiene este carácter. Es más, este principio actúa como involucionista para la política de inmigración, ya que implícitamente provoca una fragmentación social de tratamiento en el seno de la sociedad no entre extranjeros inmigrantes y nacionales, sino entre aquéllos en base a su condición administrativa, no siendo este aspecto una reforma positiva y sí un retroceso hacia el espíritu y la lógica que ya imperó con la Ley Orgánica 4/2000 en su reforma por la Ley Orgánica 8/2000. Esta tendencia se trata de corregir desde el II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014) y su área de igualdad de trato y lucha contra la discriminación, ya que impulsa la prevención de cualquier forma de discriminación garantizando la

igualdad de oportunidades en el disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas⁴⁵¹.

A.6) La garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las Leyes reconocen a todas las personas

Entroncado con el principio anterior se encuentra el sexto, ya que en el mismo se fija la garantía del ejercicio de los derechos humanos fundamentales en concordancia con las leyes, la Constitución y los Tratados Internacionales. Es decir, se establece un principio político-jurídico de carácter garantista, especial y explícitamente en su vertiente de ejercicio de los derechos, mientras que implícitamente se entiende que en titularidad. En este sentido, uno de los motivos principales técnico-jurídicos de la última reforma legal fue la adecuada regulación en titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales reconocidos a todas las personas y que el anterior marco legal restringía en su ejercicio –particularmente para los inmigrantes irregulares- hasta la resolución de los recursos de inconstitucionalidad por medio de las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007. Así, el principio no sólo consolidó y reafirmó una de las motivaciones técnicas de la reforma, sino que lo más importante, plasmó implícitamente el nuevo canon hermenéutico de interpretación de los derechos humanos fundamentales en relación a las personas inmigrantes extranjeras: la extensión de los derechos de ciudadanía a éstos como objetivo político-jurídico bajo el amparo de que necesariamente se tienen que recibir legislativamente los mandatos constitucionales, en especial aquellos concordantes con los términos fijados al respecto en las normas internacionales, tal y como se deduce del artículo 10.2 de la Constitución.

A.7) La lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas

⁴⁵¹ AA. VV., *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, cit., pp. 191-192.

A.8) La persecución de la trata de seres humanos

Muy en relación con lo ya advertido encontramos los principios séptimo y octavo, la lucha contra la inmigración irregular y la persecución de la trata de seres humanos. Como se deduce del principio anterior analizado, la política jurídica de inmigración no tiene presente entre sus principios rectores de actuación a la inmigración irregular como una realidad a la que atender y orientar su acción. Muy al contrario, la misma se dirige -como se especifica en el principio que se analiza- hacia la lucha contra ella en el marco de la pretensión por la consecución de una inmigración legal y ordenada atendiendo a nuestras necesidades y mercado de trabajo. Es decir, a luchar para que los inmigrantes extranjeros no accedan de un modo irregular.

No hay una preocupación, por tanto, de ocuparse de estas personas que en situación irregular se encuentran ya en nuestra sociedad para garantizarles un estándar mínimo de vida en relación a su integración sociolaboral y estatuto de derechos. Unas personas que, en muchos casos, por su condición y su necesidad de salir de su país y sociedad de origen en busca de una mejor oportunidad vital se ven casi empujados a caer en las redes y mafias que trafican y tratan con seres humanos inmigrantes extranjeros con promesas infundadas e inciertas que les acaban por introducir en muchísimos casos de forma irregular y permaneciendo en esta situación como si fuesen simples mercancías. En este caso y como avance netamente social y humanitario político-jurídico, la política de inmigración sí se marca como objetivo la lucha contra esta forma de actuación y explotación.

A.9) La igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social

El noveno principio queda anudado directamente a la inmigración económico-laboral y sus protagonistas. Establece la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social, no fijando entre quien. Desde una perspectiva coherente con el marco de la política de inmigración legal y ordenada, se ha de interpretar y entender que entre los trabajadores nacionales y comunitarios y los inmigrantes extranjeros. Al respecto, se ha de tener presente que, atendiendo a marcos jurídico-políticos anteriores

reguladores de la inmigración, se venía estableciendo legalmente la igualdad plena en las condiciones de trabajo de aquéllos⁴⁵², pero no de un modo específico ni como principio inspirador de la política inmigratoria.

En el desarrollo de la actividad laboral y condiciones de trabajo, rige el principio de igualdad de trato sin posibilidad de establecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, tal y como se recoge en el artículo 14 de la Constitución, en los artículos 17, 24.2 y 28 del Estatuto de los Trabajadores, en los artículos 3 y 23 de la reformada Ley Orgánica 4/2000 y en el artículo 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, haciendo referencia éste último a la discriminación por parte del empresario como infracción muy grave con su correspondiente sanción equivalente. Pero es que al margen de las ya citadas, no se ha de olvidar otras muchas normas internas, internacionales y comunitarias, destacando de entre ellas el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España en 1967, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Y, mención especial merece el hecho de que esta igualdad venga, en líneas generales, definida como un derecho a la no discriminación, entendido éste como un aspecto cualificado o reforzado del derecho a la igualdad de trato⁴⁵³.

En este sentido, una vez que el trabajador inmigrante extranjero ha accedido al mercado de trabajo, formaliza su contrato y, por ende, adquiere la condición de trabajador. Este contrato, por más que una parte del mismo sea un trabajador de nacionalidad extranjera, es un contrato de trabajo español, no es extranjero, con lo que juega un papel fundamental el principio de *lex loci laboris*, rigiendo la legislación del lugar de trabajo⁴⁵⁴. En consecuencia, existe la igualdad de trato de los trabajadores inmigrantes extranjeros con respecto a los nacionales en las condiciones laborales, salariales, etc., sin posibilidad legal de discriminación. Como resultado, en la actividad

⁴⁵² Vid., al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo”, *Revista Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 11-37. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., pp. 102-104.

⁴⁵³ En términos empleados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2000.

⁴⁵⁴ Vid., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

laboral, el trabajador tiene atribuido en virtud del artículo cuarto⁴⁵⁵ y quinto del Estatuto de los Trabajadores una serie de derechos y deberes de carácter laboral⁴⁵⁶, que necesariamente tienen y han de cumplirse y respetarse por todas las personas en su condición de trabajadoras. Por tanto, para los trabajadores inmigrantes extranjeros en situación de regularidad administrativa, es el contrato de trabajo -que presupone, a su vez, la autorización de trabajo y el permiso de residencia- el que implica la igualdad de trato en el trabajo y otorga los diferentes derechos y deberes laborales que posee el mismo.

Pero, por otra parte, al tener una remisión subjetiva en blanco este principio, no hay que olvidar a los trabajadores inmigrantes extranjeros en situación de irregularidad. Para éstos, el contrato de trabajo goza de plena validez según el artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000 y, por tanto, la igualdad de condiciones en el trabajo así como el conjunto de derechos laborales y de protección social –en este último caso, para los supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores- propios derivados del desempeño de la actividad laboral, ha de ser efectiva y real. De esta manera, auténtica y genuinamente el derecho social del trabajo entra en juego de forma propia porque la persona inmigrante es considerada trabajadora y trasciende a la propia condición de ciudadano-nacional, quedando en segundo plano ésta última dimensión para su estatuto jurídico sociolaboral. Así, este derecho es un derecho social para la inmigración, en cuanto que se ocupa de la regulación de la situación sociolaboral de la persona trabajadora y de su estatuto jurídico mínimo⁴⁵⁷, más allá de su mera condición administrativa.

⁴⁵⁵ En el que encontramos en su apartado 2, letra c), una referencia expresa al principio de igualdad, al establecerse que “*los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa [...] a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado Español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*”.

⁴⁵⁶ Un análisis en profundidad de los mismos, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., pp. 105-218; VALDUEZA BLANCO, M^a D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 280-295; FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., pp. 99-139; CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 422-432.

⁴⁵⁷ BAYLOS GRAU, A., “El derecho internacional de los migrantes”, en *Derechos Humanos de las personas migrantes y reformas normativas*, BAYLOS, A., PARIZA, L. M. y MORENO, J. A., cit., pp.

A.10) La promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo

El último de los principios –el décimo- también encuentra su razón de ser y fundamento en el propio interés por la inmigración legal y ordenada. En este caso, es un principio rector que actúa como medio esencial para su consecución y como propuesta. Lo que pretende el poder público con la política de inmigración y este principio inspirador es el diálogo y colaboración con el conjunto de países de origen y tránsito de la inmigración hacia España, para lo que aparece como esencial los acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva las migraciones y fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación. En definitiva, hacer provechosa, útil y necesaria la inmigración tanto para el país de origen como para el país de destino. Es el caso del codesarrollo⁴⁵⁸. La política de inmigración en el marco de este codesarrollo debe de ser seria, efectiva y socialmente comprometida, poniendo por tanto en marcha medidas específicas y acciones concretas –que se deberán desarrollar y especificar- también en el marco de las migraciones circulares estacionales entre países desarrollados y subdesarrollados o en vías de desarrollo atendiendo a necesidades económico-laborales de ambos Estados entre los que se puedan producir⁴⁵⁹. Pero tampoco hay que olvidar que la acción del Gobierno puede ir orientada también y claramente en este marco a la

12-13. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I, 2001.

⁴⁵⁸ Sobre dicha política, ofreciendo una perspectiva de las diferentes concepciones al respecto en el ámbito internacional y algunas medidas concretas aplicadas, *vid.*, PÉREZ YÁÑEZ, R., “Renovadas orientaciones en la gestión de la migración: las propuestas provenientes del codesarrollo”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2009, pp. 149-168. Críticamente, GÓMEZ GIL, C., “La fábula del desarrollo y sus efectos sobre la inmigración. Del codesarrollo a los objetivos del milenio”, en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA. VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), cit., pp. 147-182.

⁴⁵⁹ *Vid.*, al respecto, BÖHING, W. R., *El empleo de los trabajadores extranjeros. Manual sobre las políticas y procedimientos de especial interés para los países de ingresos medianos y bajos*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

firma de acuerdos bilaterales con terceros Estados⁴⁶⁰ atendiendo al protagonismo específico que posea la inmigración de un determinado país en nuestra sociedad y sobre aspectos y/o dimensiones concretas de la misma.

Por tanto, más allá del sentido, alcance y significado que tienen todos y cada uno de los principios enumerados y analizados sistemáticamente, es de esperar que sean la principal motivación y razón de ser de la actual política jurídica de inmigración reconocida legalmente. Tanto Gobierno como Administraciones Públicas tienen una labor político-jurídica importantísima para con la sociedad española y su comunidad política del siglo veintiuno, en la que la inmigración extranjera es una realidad. Para ello, los principios rectores aquí analizados dotan de los caracteres de transversalidad e integralidad –independientemente a algunos aspectos menos sociales que otros que afectan a sus implicaciones jurídico-protectoras- a la política de inmigración puesta en marcha en consonancia con el vigente y reformado marco jurídico regulador de la inmigración y extranjería en España. Constantemente, se debe valorar el desarrollo de la misma atendiendo a aquéllos y, sobre todo, su eficacia, para evaluar si estos principios establecidos por el legislador han quedado en mera retórica jurídico-política o no.

B) El modelo de política de integración social como eje de la política jurídica de inmigración

Si, como se ha apuntado, la inmigración económico-laboral es una realidad estructural de la sociedad española actual, la integración social de estas personas inmigrantes extranjeras es toda una necesidad, un reto y una responsabilidad desde el poder político y las acciones político-jurídicas puestas en marcha al respecto. Sobre todo, atendiendo al marco del modelo de Estado social de Derecho, desde sus propios postulados intrínsecos y naturaleza, así como teniendo presentes los distintos niveles de descentralización político-administrativa. En el caso de que no sea así, la inmigración sí

⁴⁶⁰ FERRERO TURRIÓN, R. y LÓPEZ SALA, A., “Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España: el caso de los acuerdos bilaterales de trabajadores con países de origen”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 80, 2009, pp. 119-132.

es susceptible de adquirir perfiles ya superados del conflicto obrero industrial decimonónico y, por tanto, de la cuestión social *stricto sensu*.

Intentando erradicar tal circunstancia, en el ámbito jurídico-político, tanto desde la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, como a lo largo de sus sucesivas reformas, la misma ha mantenido su título con referencia expresa, específica y concreta no sólo a los derechos y las libertades de las personas inmigrantes extranjeras, sino también y lo más importante, a su integración social. Por más que esta última sólo figurase en el título y no encontrase aplicación directa o contenidos específicamente relacionados con ella, hasta la última reforma por medio de la Ley Orgánica 2/2009⁴⁶¹. Queda patente, así, la voluntad del legislador de poner en marcha una política jurídica reguladora del conjunto de derechos de estas personas y, por ende, cómo estos y su reconocimiento, se constituyen en los pilares sobre los que se ha de asentar la integración social de los inmigrantes extranjeros. Es decir, el test de la integración es el reconocimiento en titularidad y ejercicio de los derechos: cuando las personas inmigrantes extranjeras tienen derechos, su integración es factible –como, por otro lado, ya se apuntó–.

En este sentido, en la parte V de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se estableció como objetivo de la última reforma el refuerzo de la integración en cuanto eje central de la política de inmigración. Y el texto legal alude bien, pues emplea para este objetivo el verbo reforzar; es decir, otorgar a la integración más importancia político-jurídica de la que hasta ahora tenía. La política de integración se podía considerar hasta no hace mucho tiempo como complementaria de la de inmigración en su perspectiva de política del derecho: independientemente a que en la Ley Orgánica 7/1985 la alusión a la integración no fuese ni explícita ni implícita, la misma apareció ya específicamente considerada a comienzos de este siglo, con la Ley Orgánica 4/2000. Pese a que el último

⁴⁶¹ En este sentido, se ha defendido que la Ley Orgánica 2/2009 tiene una clara vocación integradora, tratando de dotar de contenido a la propia integración social en el desarrollo legal, RODRÍGUEZ PARDO, E., “Una apuesta por la integración”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 85, 2010, p. 20. Desde esta perspectiva y señalando que la única referencia incluida en versiones anteriores a la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, era en el derecho a la educación, AJA FERNÁNDEZ, E., “La integración social de los inmigrantes”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D., (coords.), cit., p. 25.

proceso de reforma no ha cambiado el título legal, sí es cierto que en el texto reformado sí se encontró una atención mayor cuantitativa y cualitativa de una forma expresa a ella. Es preciso, pues, analizar su sentido y alcance para la instauración de un nuevo modelo de política jurídica de integración.

La primera dimensión a destacar de la nueva concepción sobre la integración y su impulso reforzado se encuentra en el título preliminar de la Ley Orgánica 4/2000 –en su versión reformada por la Ley Orgánica 2/2009– en el artículo 2 *bis*. En consonancia, con la pretensión de que la política de integración sea un eje prioritario de la de inmigración, en el conjunto de principios rectores generales establecidos y regidores de ésta última, se destaca específicamente a la integración social. Un principio trasladado también de forma idéntica, pero como precepto legal, en el apartado segundo del artículo 2 *ter*. Pero no queda en mención concreta y específica, pues añade el medio para su consecución: a través de políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía, concretadas algunos ámbitos de ellas en el advertido apartado del artículo anterior – igualdad de trato, derechos humanos, libertades públicas, tolerancia, igualdad entre mujeres y hombres, etc.-.

Se parte, implícitamente, de la realidad de la presencia de personas inmigrantes extranjeras en la sociedad española, apostando en consecuencia en el marco de la configuración jurídico-política del Estado por una ciudadanía social inclusiva de iguales sin distinción y redistributiva. Todas y cada una de las políticas sectoriales de carácter social –en su más amplia concepción– y lucha contra la exclusión social han de incluir en su ámbito subjetivo destinatario al colectivo inmigrante extranjero, para el impulso, fomento y contribución decidida a la integración de estas personas en la sociedad. Por tanto, no se define un modelo único de política de integración de conjunto destinado específicamente al colectivo inmigrante y sí uno compuesto por distintas políticas sectorializadas, de distintos ámbitos materiales y, de este modo, como se apunta en el texto legal, transversal⁴⁶².

⁴⁶² Se apunta que si ello no es así, precisamente, estas políticas tendrían el efecto contrario, impulsando procesos de segregación y crecimiento mayor de la exclusión social. Es lo que se pretende con la implementación de políticas transversales para la integración, pues este carácter se identifica con la normalización, GARCÍA CASTAÑO, F. J. y OLMOS ALCARAZ, A., “La promoción de la plena integración de los extranjeros por parte de las Administraciones Públicas: ¿una protección legal para la construcción de una sociedad multicultural?”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores*

Sin embargo, legalmente se desaprovechó la ocasión brindada con esta reforma para incluir una definición técnico-jurídica y con alcance político de lo que se ha de entender por integración social, en este caso de las personas inmigrantes extranjeras. Pese a incluirse el artículo 2 *ter*, titulado precisamente *integración de los inmigrantes*, tal definición no se encuentra presente⁴⁶³. Se siguió e imperó la tendencia político-jurídica general y errónea de aludir el término integración, pero sin perfilarlo ni definirlo, al igual que ocurriese en fechas anteriores en el Plan Estratégico Ciudadanía e Integración 2007-2010⁴⁶⁴. Sin embargo, actualmente y en un momento posterior a la reforma, en el II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014), sí se definió la misma, al entenderla, de una parte, como proceso bidireccional de adaptación mutua y de acomodación que afecta al conjunto de la ciudadanía, tanto a los españoles como a los de origen extranjero y, de otra parte, como proceso multidimensional y complejo que plantea desafíos políticos y prácticos precisos de afrontar⁴⁶⁵.

En cualquier caso y más allá de estos intentos políticos de definición, la integración social de las personas inmigrantes extranjeras sigue siendo un concepto aludido jurídico-legalmente pero sin precisar técnicamente: es presupuesto en el modelo vigente y pretendido por el poder político para la adecuada ordenación político-jurídica de las relaciones sociales y de los derechos y deberes imperantes en la sociedad⁴⁶⁶. Todo

extranjeros, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., p. 116.

⁴⁶³ *A sensu contrario*, OLESTI RAYO, A. y MOYA MALAPEIRA, D., “La integración social de los inmigrantes en la LODYLE y su Reglamento”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J., MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., pp. 63 y ss.

⁴⁶⁴ En esta versión de este documento político programático de acción, no se definió expresamente lo que en España, ante la realidad social de la inmigración extranjera, se entiende política y jurídicamente por integración, dedicándose tan sólo a remitir al marco comunitario. En concreto a los *Principios Básicos Comunes para las políticas de integración de los inmigrantes en la Unión Europea*, de 2004. En éste se define la integración como *un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los inmigrantes y residentes de los Estados miembros*. Profundizando, AÑÓN, M^a J. y MIRAVET, P., “La Unión Europea y la integración social y política de los inmigrantes”, *Revista Sistema*, núm. 207, 2008, pp. 87 y ss.

⁴⁶⁵ AA. VV., *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, cit., p. 77. En esta segunda versión, se sigue fielmente la definición establecida a nivel comunitario y a la que se remitía en la anterior versión del citado plan.

⁴⁶⁶ DE LUCAS MARTÍN, J., “El derecho ante el reto de la integración: los instrumentos jurídicos de respuesta a la presencia estable de inmigrantes”, en *Derecho, inmigración e integración*, AA. VV., Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p. 17.

ello con el nexo común esencial del respeto al derecho-valor de la dignidad del hombre y su proyecto vital⁴⁶⁷. Más concretamente, los dos ejes conformadores lo constituyen el marco de convivencias y culturas y el respeto a los derechos humanos fundamentales.

De los dos anteriores, en relación al último, el respeto a los derechos humanos fundamentales, se manifiesta en la parte III de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009 que *España está comprometida con la defensa de los Derechos Humanos, por lo que los poderes públicos deben favorecer la plena integración de los inmigrantes en nuestro país y garantizar la convivencia y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona*. Se configura y constituye el respeto a los derechos humanos fundamentales como la dimensión jurídico-política esencial para la consecución de la integración social de los inmigrantes, en cuanto personas de igual dignidad y condición que los autóctonos o nacionales y, por tanto, quedar incluidos en su ámbito subjetivo. El test de la integración lo conforma la igualdad en los derechos humanos fundamentales como estándar mínimo protector del Estado social de Derecho.

Un postulado que queda en entredicho cuando, precisamente, en la parte II de la misma exposición de motivos se establece que se ha de favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y deberes. Se ha de recordar que los inmigrantes ilegales –más bien, en situación administrativa irregular- también son personas presentes en la sociedad, integrados o con la necesidad de integrarse en su lucha contra la exclusión social. Los derechos humanos son universales y no entienden ni de fronteras ni de condiciones administrativas –condición particular aludida en este caso-, pues extienden su ámbito jurídico-protector a todas las personas sin distinción. Un motivo legal de la reforma que necesita ser corregido formal y materialmente. Carece de sentido en el contexto global de la reforma legal, ya que se apuesta en dirección contraria para con algunos de los derechos humanos fundamentales en el articulado de la misma.

Trasladando lo anterior al propio texto legal e influenciado por éste último aspecto, en el artículo 2 *ter* se obvia y no aparece mención alguna a los derechos humanos fundamentales recogidos constitucionalmente. En este artículo, aprovechando

⁴⁶⁷ MEGÍAS QUIRÓS, J. J., “Inmigración e integración social: doctrinas dominantes”, en *Pluralismo cultural y democracia*, AA. VV., APARISI MIRALLES, A. y DÍAZ DE TERÁN, M^a C. (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 58.

la ocasión de su nueva inclusión, el legislador debería de haber concretado y no haber dejado espacio a interpretaciones sistemáticas y de conjunto susceptibles de originar ambigüedades, ya que se establece abiertamente como límite a la integración el respeto a la Constitución y la Ley. Y la Constitución en materia de derechos fundamentales en concordancia con las Declaraciones, Pactos y Cartas internacionales de derechos humanos no excluye a inmigrantes extranjeros. Más precisamente –como se ha apuntado-, la Ley Orgánica 4/2000 ha sido reformada para que éstos, infraconstitucionalmente, estuviesen en consonancia con la regulación constitucional e internacional en esta materia.

Por tanto, los derechos humanos fundamentales y la igualdad de todas las personas para con los mismos, son el pilar básico sobre el que se asienta el refuerzo dado a la integración social de los inmigrantes extranjeros, en cuanto eje de la política de inmigración. A partir de aquí, se está en condiciones de ver, tratar y reconocer al inmigrante como una persona igual en dignidad y en derechos, no estigmatizándolo ni categorizándolo como el otro en sentido negativo o excluyente, en contraposición al nacional. Como resultado, estas personas en la sociedad -y siendo clave para su inclusión e integración- son titulares y pueden ejercer el conjunto de derechos humanos fundamentales a través de su identidad, consideración y condición, y no a pesar de ella⁴⁶⁸.

Sin embargo, como ya se analizó, la atribución en titularidad y ejercicio a las personas inmigrantes extranjeras de los derechos humanos fundamentales sufrió avances y retrocesos en el marco de la política jurídica de inmigración extranjera. Aquéllas que se han encontrado en situación administrativa regular, siempre han tenido un estatuto jurídico definido. Ahora bien, estos derechos, en multitud de ocasiones, se han encontrado condicionados por la concepción cultural occidental de las instituciones reguladoras⁴⁶⁹, como puede ocurrir con el caso del derecho a la reagrupación familiar – otro derecho y dimensión clave para la integración- y los miembros reagrupables por el concepto de familia dominante. Pero, por el contrario, la persona inmigrante extranjera

⁴⁶⁸ Constituye este hecho la muestra de la pluralización democrática en los Estados actuales, RUIZ VIEYTEZ, E. J., “Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2009, p. 3.

⁴⁶⁹ Monográficamente, en relación a la diferenciación cultural, FACCHI, A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Bari, 2004.

en situación administrativa irregular no ha sido contemplado de un modo específico uniforme -no dando respuesta político-jurídica a la realidad social más cercana-, pues a modo de estándar mínimo sólo se le han atribuido aquellos que le corresponden como persona en cuanto tal y directamente relacionados con su dignidad. La consecuencia ha sido inmediata, ya que se ha originado un doble modelo teórico protector de los derechos, clave para la integración social: uno universalista de los derechos humanos fundamentales y otro de reconocimiento progresivo de los derechos no considerados formalmente como humanos fundamentales y atendiendo a la condición administrativa del inmigrante extranjero⁴⁷⁰.

En este sentido, adicionalmente, no se ha olvidado que, como ya se apuntó, por el tipo de inmigración económico-laboral que tiene como destino esta comunidad y sociedad, los inmigrantes son personas en su condición de trabajadoras y, por tanto, el trabajo y el acceso al empleo es un elemento esencial también de cara a su integración social⁴⁷¹ –igualmente reconocido en la Ley Orgánica 4/2000, *ex artículo 2 ter.2*-. El cumplir su objetivo de llegar a alcanzar y tener una vida digna mejor de la que dejaron en sus países de origen, pasa por su realización personal mediante el desarrollo de una actividad laboral. Esta es otra de las claves fundamentales que están permitiendo que estas personas se integren en la sociedad y comiencen a tejer un conjunto de redes sociales, a la vez que conseguir unos recursos económicos necesarios para vivir. Clara fue, al respecto, la Declaración de Zaragoza sobre integración de la población inmigrante, de abril de 2010⁴⁷². Recogió que el empleo es una parte fundamental del proceso de integración de los inmigrantes y esencial para su participación en la sociedad de acogida. Así, es notoria la adaptación a la nueva realidad por parte de los mercados

⁴⁷⁰ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social: notas clave para su comprensión”, cit., pp. 351-354.

⁴⁷¹ En este sentido, *vid.*, MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., “La centralidad del trabajo como factor de integración social”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: balance y perspectivas de futuro*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 13-15. Desde una perspectiva keynesiana, se ha defendido que la misma desemboca en una vinculación entre trabajo y ciudadanía inclusiva, ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía*, cit., pp. 214-219.

⁴⁷² Esta Declaración es resultado de la Conferencia Ministerial Europea sobre Integración, celebrada en Zaragoza durante los días 15 y 16 de abril de 2010. *Vid.*, al respecto, AA. VV., “La presidencia española de la Unión Europea en materia de inmigración: la declaración de Zaragoza, el Plan de Acción de MENAS y la Evaluación del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo (primer semestre de 2010)”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010, pp. 130-133.

de trabajo para ir absorbiendo toda la mano de obra procedente de terceros Estados, más allá de la coyuntura y de la crisis de empleo que ha generado la crisis económica internacional.

Por otra parte y en relación al modelo de relaciones sociales pretendido por el poder político para la integración social de los inmigrantes extranjeros, claramente se apuesta en el apartado primero del artículo 2 *ter* por la integración en un *marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y a la ley*. Para que esto no quede en mera retórica jurídico-política, especialmente, se han previsto legalmente nuevas vías y los recursos económicos necesarios. Así, ampliamente se relacionan un conjunto de medidas articuladas alrededor de la educación y la consolidación del núcleo básico familiar. La educación - independientemente a su consideración y configuración técnico-jurídica como derecho fundamental- y más concretamente el acceso al sistema educativo, aparece como medio básico y elemental que permite a los menores extranjeros no nacidos en nuestro territorio adquirir y compartir el conjunto de valores constitucionales inherentes a la sociedad española, junto a los de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre hombres y mujeres. Unos conocimientos ofrecidos mediante una acción formativa muy en estrecha relación con algunos de los principios de la política inmigratoria recogidos en el artículo 2 *bis*. Pero es que además, la misma queda regulada legalmente ligada a la proporción de los conocimientos teóricos y prácticos para el acceso al empleo de estas personas en un futuro inmediato, a partir del cual tener una vida social estable y digna en la comunidad en que se incluyen. De nuevo y una vez más, el trabajo pasa por reconocerse legalmente como eje articulador de la política de integración social, pero no ya sólo un trabajo sin cualificación que ha dado lugar a los tradicionales nichos laborales, sino una actividad laboral frente a la que se ha de tener una formación teórico-práctica adecuada y que se ha de adquirir con carácter previo. Cuestión distinta es, ya, la correspondencia a las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia la puesta de todos los medios adecuados para ello y su consecución.

En cualquier caso, el legislador apuesta implícita y jurídicamente por un modelo de sociedad y de relaciones sociales multiculturales que ha de conducir y reflejarse, como política del derecho, en el seno de la propia sociedad y comunidad política. Si es así, el nuevo modelo implica un respeto y compatibilidad cultural entre todas las

personas desde una igualdad en derechos reconocedora de la diversidad⁴⁷³. En este sentido, el proceso social de integración no sólo debería concebirse bidireccionalmente entre nacionales e inmigrantes extranjeros, sino también multidireccionalmente entre todas y cada una de las personas. Pero esto último queda en duda cuando en el apartado dos del mismo artículo se especifica y concreta que se procurará *mediante acciones formativas el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales*, entre otros⁴⁷⁴. Es decir, desde un reconocimiento inicial de la multiculturalidad se tiende a otro modelo radicalmente distinto posterior como es el de la asimilación. Es sólo el colectivo de personas inmigrantes extranjeras el que deberá tener y practicar los valores constitucionales y estatutarios de España y de la Unión Europea y, en el caso de que no los tenga, recibirá formación específica para ello por parte de las Administraciones Públicas⁴⁷⁵. Se da por sobrentendido que los nacionales o autóctonos ya los tienen interiorizados.

⁴⁷³ Esto es, un marco de convivencia de identidades y culturas facilitador de la estancia en nuestra sociedad de la persona inmigrante extranjera, GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M^a A., “La promoción por los poderes públicos de la plena integración de los extranjeros en España: implicaciones y significado político-jurídico”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., p. 171. En relación a este marco se ha apuntado que, la Ley Orgánica 2/2009 introdujo una concepción de la integración restringida, centrada en las relaciones entre grupos autóctonos e inmigrantes extranjeros a partir de la diversidad de identidades y culturas, frente a una concepción amplia de la integración presente implícitamente en la Ley antes de esta última reforma mediante la reagrupación familiar, sanidad, educación, prohibición de discriminación, etc., AJA FERNÁNDEZ, E., “La integración social de los inmigrantes”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D., (coords.), cit., pp. 32-34. En momentos anteriores a la última reforma legal, apuntando la necesidad de complementariedad de ambas dimensiones –derechos y diversidad cultural- para una efectiva integración social, MOLINA NAVARRETE, C., “La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: clave de gestión de la diversidad cultural en el trabajo”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: balance y perspectivas de futuro*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 57-62

⁴⁷⁴ Se nota aquí expresamente la influencia clara y directa del Plan Estratégico Ciudadanía e Integración 2007-2010, pues partía de la premisa de considerar a la integración como un proceso presidido por el principio de igualdad y el respeto a los valores comunes de la Constitución y de la Unión Europea.

⁴⁷⁵ *A sensu contrario*, manifestando que mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009 en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en el artículo 2 *ter* no hay rastros de planteamientos de asimilacionismo o multiculturalismo, AJA FERNÁNDEZ, E., “La integración social de los inmigrantes”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D., (coords.), cit., p. 31.

El modelo de política jurídica de integración subyacente, por ende, implica directamente obligaciones añadidas para los inmigrantes extranjeros de las que carecen el resto de personas nacionales, teniendo que hacer un esfuerzo ellos mismos adicional al de los demás. Se entiende así la integración más como un proceso unilateral, pero sin llegar a la formal contractualización. Se origina y está vigente un paradigma de política jurídica de integración social de la inmigración identificado más con el modelo de asimilación que con el de una sociedad y ciudadanía multicultural⁴⁷⁶, en la que el proceso de integración no sólo sea bidireccional, sino incluso multidireccional, con unos necesarios cambios en nuestros sistemas y estructuras sociales, económicas, políticas y jurídicas para adecuarlos a la realidad social de la inmigración extranjera. Se contradicen así los caracteres de bidireccionalidad y multidimensionalidad apuntados en el concepto de integración social incluido en el II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, no convergiendo el sentido y el alcance de la misma y los planteamientos político-jurídicos recogidos.

C) Política jurídica inmigratoria y Comunidades Autónomas: marco competencial

España se conforma y define formal y materialmente como un Estado social autonómico con un nivel de descentralización competencial en sus distintos aspectos muy elevado, tanto cuantitativa como cualitativamente. En el supuesto concreto de la política de inmigración, la Constitución delimita en su artículo 149.1.2 que *inmigración y extranjería* son competencia exclusiva del Estado. Esta literalidad supone, desde el formalismo jurídico más estricto, la atribución al Estado español de la competencia única en materia de inmigración y Derecho de Extranjería. Por tanto, se deduce formalmente que la política puesta en marcha por el Gobierno atendiendo al marco jurídico-político correspondiente es parte de las competencias exclusivas estatales. Sin embargo, el transcurso de los años desde la aprobación de la Carta Magna y la creciente relevancia y presencia de la inmigración en nuestra sociedad hasta nuestros días ha conllevado que, pese a su formalidad, esta competencia, por su transversalidad, haya

⁴⁷⁶ *Vid.*, al respecto, la clásica obra de KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 2000.

presentado una estrecha conexión normativa-institucional con las Comunidades Autónomas y las competencias sectoriales adquiridas por ellas, especialmente a través de la asistencia sanitaria, educación, servicios sociales, integración social, etc.

Hasta momentos anteriores a la aprobación de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, esta regulación no implicó que materialmente la acción de los diferentes Gobiernos autonómicos y Administraciones territoriales estuviesen al margen de la regulación de los flujos migratorios y la acción sobre las personas inmigrantes extranjeras atendiendo a sus competencias. Es así por dos motivos: en primer lugar, la legislación estatal apela a la acción coordinada de los diversos niveles de gobierno y de administración; y, en segundo lugar, la propia Constitución es la que ha dibujado una organización territorial a cuyos entes dota de autonomía -como es el caso de las Comunidades Autónomas- y les atribuye competencias propias en unos casos o les hace beneficiarios de competencias estatales susceptibles de ejecución o de delegación. La realidad social de la inmigración, por su carácter transversal, es beneficiaria de esta situación y su política jurídica se encuentra afectada por la distribución competencial de la gran diversidad de materias que incluye.

En este sentido, el hecho es que, en España, las Comunidades Autónomas cada vez más han ido adquiriendo su propio lugar y han ido colaborando internormativa e institucionalmente con la intervención estatal en esta materia. Y lo han realizado por el ya advertido carácter transversal del Derecho de la Inmigración. No sólo la integración social, sino que dimensiones distintas y conectadas a ella como la asistencia sanitaria, acción social, asistencia y servicios sociales -entre otras-, han producido y a la vez han exigido una cierta colaboración activa entre la acción política estatal y la actuación autonómica -y en muchos momentos también local-, para que se pudiese llevar a cabo de una forma adecuada las políticas estatales al respecto y los fines con ellas perseguidos. El resultado ha sido la casi práctica desconstitucionalización de la legitimidad competencial en materia de inmigración. Por el contrario y pese a ello, se ha mantenido formalmente una constitucionalidad alejada de la realidad funcional⁴⁷⁷,

⁴⁷⁷ En este sentido, GARCÍA ROCA, J., “Inmigración, integración social de los extranjeros y concurrencia de competencias territoriales”, en *Derecho, inmigración e integración*, AA. VV., cit., p. 75. Apuntando que la exclusividad competencial es imposible, ineficaz y ya desbordada, MOLINA NAVARRETE, C., “El nuevo papel de las Comunidades Autónomas en la gestión de la inmigración

debido a la descentralización competencial existente y los distintos ámbitos que abarca la misma, muchos de los cuales tienen al colectivo inmigrante como parte de su ámbito subjetivo de acción gracias, en parte, a su intensificación.

Este ha sido el modo de proceder materialmente respecto a la materia de política de inmigración hasta el nuevo marco político-jurídico de reforma de los distintos Estatutos de Autonomía acontecido en la segunda mitad de la primera década del presente siglo⁴⁷⁸. Con el proceso de reforma de éstos últimos se ha abierto un espacio diferente y multisectorial de acción para la política jurídica de inmigración –y su cuestión central sociolaboral- atendiendo al novedoso y ambicioso marco estatutario definido para las diferentes Comunidades en materia de inmigración. Ante todo, se ha pretendido fomentar el compromiso de las distintas Comunidades Autónomas con lo social, incrementando su responsabilidad para así consolidar el Estado social autonómico⁴⁷⁹.

Ahora bien, se ha de tener presente que esta realidad en la sociedad española no presenta el mismo grado de extensión y presencia por igual en el territorio de todas las Comunidades, sino que hay algunas que destacan sobre el resto por la presencia de estas personas inmigrantes extranjeras, como es el caso de Andalucía, Cataluña, Madrid, Canarias o la de Valencia⁴⁸⁰. El resultado es que los contenidos político-jurídicos

económica extranjera: el caso andaluz”, en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, AA. VV., MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), cit., p. 53. Advirtiendo, atendiendo a la realidad, que el título competencial exclusivo está en crisis, GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 368.

⁴⁷⁸ Sobre los distintos aspectos y dimensiones de los procesos de reforma en general y concretos de algunas Comunidades Autónomas, *vid.*, AA. VV., *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, RUIZ-RICO RUIZ, G. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, *passim*. Atendiendo específicamente al marco competencial, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “El modelo constitucional de distribución de competencias en la Constitución ante los nuevos Estatutos de Autonomía”, en *Anuario de Conferencias, Primer Semestre 2007*, AA. VV., Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, pp. 187-210.

⁴⁷⁹ GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELES, M^a A., “El marco competencial estatal y autonómico en materia de inmigración: su delimitación”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., pp. 123-141. PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., “Comunidades Autónomas y movilidad de trabajadores extranjeros: el tratamiento de la inmigración en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2009, p. 205. GALERA VICTORIA, A., “Las políticas de inmigración en el Estado autonómico”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 243 y ss.

⁴⁸⁰ Un análisis sistemático y político-jurídico de las políticas de inmigración en estos ámbitos autonómicos donde la inmigración es una realidad relevante y destacada, se encuentra en AA. VV.,

reguladores de la inmigración y susceptibles de desarrollo por una concreta política de inmigración autonómica, no se presentan iguales en todos los casos. Existen, por ende, unas desigualdades y condiciones político-jurídicas susceptibles de originar diferencias de gran calado entre ellas en el modo de hacer y concretar la política de inmigración⁴⁸¹. Comprendiendo esta situación y para paliarla, el punto tercero del nuevo artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000 reformada se convierte en garante legal del principio de solidaridad constitucionalmente consagrado atendiendo a las particularidades de los territorios en los que la inmigración tiene una especial incidencia⁴⁸².

En cualquier caso, son varios los paradigmas que se pueden encontrar en esta acción atendiendo al nuevo marco jurídico estatutario en relación al interés por la reivindicación de una mayor incidencia e importancia por la participación activa y decidida en la política de inmigración. De un lado, se halla uno de máxima aspiración y descentralización competencial político-jurídica en la materia, claramente identificado con lo establecido en los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía⁴⁸³. En

Gestión de la diversidad y políticas migratorias. Modelos de integración sociolaboral en España, MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (coords.), cit., *passim*.

⁴⁸¹ Un análisis sistemático de la situación al respecto en los distintos Estatutos de Autonomía, puede verse en ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., “La reforma de los Estatutos de Autonomía y su impacto en la normativa estatal de inmigración”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 80, 2009, pp. 100 y ss.; en el mismo sentido, GARCÍA ROCA, J., “Inmigración, integración social de los extranjeros y concurrencia de competencias territoriales”, en *Derecho, inmigración e integración*, AA. VV., cit., pp. 65-70; identificando modelos autonómicos de gestión, MOLINA HERMOSILLA, O., “Las nuevas competencias autonómicas en materia de gestión de la inmigración y sus consecuencias para el ámbito de la política de empleo”, en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, AA. VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 164-171; y, atendiendo monográficamente de un modo más extenso a la situación en varias Comunidades Autónomas por parte de varios autores específicamente, *vid.*, AA. VV., *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, AJA, E., MONTILLA, J. A. y ROIG, E. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 187 y ss.

⁴⁸² Sobre la misma, GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M^a A., “El marco competencial estatal y autonómico en materia de inmigración: su delimitación”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., pp. 137-139.

⁴⁸³ Respecto al catalán, *vid.*, ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., “La situación socio-laboral de los inmigrantes extranjeros en Cataluña: balance y nuevas perspectivas en el horizonte aplicativo del Estatuto de Autonomía”, en *Gestión de la diversidad y políticas migratorias. Modelos de integración sociolaboral en España*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (coords.), cit., pp. 105 y ss.; GARCÍA JUAN, L., “El traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de extranjería. Especial referencia al caso catalán”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009. Por lo que respecta al caso andaluz, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^a T., *El Estado social autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 96 y ss.; PIZARRO NEVADO, R., “Competencias sobre inmigración (Comentario al artículo. 62)”, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*,

ambos, tanto en el artículo 138⁴⁸⁴ como 62⁴⁸⁵ -respectivamente y con la diferencia de que en el primero aparece la competencia exclusiva sobre primera acogida y en el segundo no- se fija claramente que, a la Comunidad Autónoma indicada según el caso, en materia de inmigración le corresponden: las políticas de integración y participación social de las personas inmigrantes extranjeras; la de autorizaciones de trabajo para aquellos que desarrollen su actividad en el territorio en coordinación con la competencia del Estado en relación a la entrada y residencia; y la correspondiente participación con carácter previo a que quede fijado el contingente o gestión colectiva de contrataciones en origen⁴⁸⁶. Y, por otro lado, se encuentra otro paradigma de aspiración mínima o mantenedor de la situación fáctica preexistente al proceso de reforma de los Estatutos,

AA. VV., MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), Thomson civitas, Madrid, 2008, pp. 605 y ss.

⁴⁸⁴ *Inmigración: 1. Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración: a) La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación. b) El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias. c) El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social. d) El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas. e) La promoción y la integración de las personas regresadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña. 2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye: a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción. 3. Corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V.*

⁴⁸⁵ *Inmigración: 1. Corresponden a la Comunidad Autónoma: a) Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias. b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción. 2. La Comunidad Autónoma participará en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX.*

⁴⁸⁶ Desde una perspectiva totalizadora y global, justificadora de la relación de competencias citadas, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado en relación a la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, se argumenta que *la actuación autonómica en el ámbito de la inmigración no parece agotarse en el ejercicio de sus propias competencias, sino que el Estado habría venido a abrir diversas formas de participación procedimental de las Comunidades Autónomas en sus decisiones sobre política migratoria*, p. 266.

de descentralización competencial transversal en materia de inmigración y susceptible de ser identificado en los restantes Estatutos aprobados.

Común a ambos no hay que olvidar los distintos mecanismos de participación que en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se constituyen como ámbitos de intervención de las Comunidades Autónomas en relación a: la participación institucional –paradigmáticamente el Consejo Superior de Política de Inmigración, artículo 68-, la ejecución y gestión de dimensiones concretas de la política de inmigración –propuesta de número y características de ofertas de empleo para la gestión colectiva de contrataciones en origen, artículo 39.2-, la información y el acceso a datos relacionados con las personas afectadas por los procedimientos regulados en la Ley Orgánica 4/2000 y el fomento por parte de la Unión Europea para la participación de las Comunidades Autónomas en relación a la materia del empleo⁴⁸⁷.

Pero, sin duda alguna, el aspecto más polémico desde la perspectiva político-jurídica del nuevo marco estatutario en relación a las competencias sobre inmigración ha sido el relativo al establecido en las dos Comunidades Autónomas ya advertidas en relación a la competencia sobre las autorizaciones de trabajo. Las restantes competencias expresadas –tanto de los mismos como de otros estatutos- en la *praxis* se estaban dando y aparecían ya materialmente como descentralizadas, aparte de que la participación en la elaboración del contingente –actualmente, gestión colectiva de contrataciones en origen- era específica y efectiva ya. En este sentido, el debate doctrinal, jurisprudencial y científico –junto al político- al respecto de aquélla se centró en el hecho de si los propios Estatutos estaban asumiendo una competencia exclusiva del Estado.

La realidad es que la política del derecho ha imperado y ha sucedido igual que con otras competencias delegadas a las Comunidades y que afectan a la inmigración, pues por el propio carácter, definición y consideración de esta última como económico-laboral, es de obligación y lógica jurídica-política entender la atribución por parte de los Estatutos a la autoridad laboral autonómica la competencia sobre la concesión –o no- de

⁴⁸⁷ Un sistema de clasificación y de división de la participación propuesto por y compartido con MONEREO PÉREZ, J. L., “La distribución de competencias en el Estado social autonómico en materia de políticas de empleo e inmigración”, *Revista Tribuna Social*, núm. 198, 2007, pp. 32-34.

la autorización inicial para trabajar para las personas extranjeras. Su fundamento técnico-jurídico se halla en su consideración como competencia autonómica de ejecución de legislación laboral –artículo 149.1.7 de la Constitución-. La autorización de trabajo se considera una actuación administrativa de ejecución típica en materia laboral, por más que la misma formalmente no se trate específicamente de dicha legislación⁴⁸⁸. Como novedad técnico-jurídica de alcance, por tanto, domina e impera este último artículo constitucional y sus implicaciones más inmediatas sobre el clásico 149.1.2 y su exclusividad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado en relación a la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, para el caso concreto del artículo 138 y de la competencia sobre autorizaciones de trabajo, así lo reafirma, al manifestar que *no cuestionaría que las actuaciones ejecutivas en materia de extranjería en sentido estricto recaigan en el Estado, sino que tan sólo se limitaría a recoger una específica manifestación competencial del ámbito laboral derivada de la posibilidad abierta por el artículo 11.2 del Estatuto de 1979, tras la asunción de competencias de*

⁴⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado en relación a la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, p. 265. Sobre el debate en torno al alcance de la competencia estatal y autonómica en materia de autorizaciones de trabajo y permisos de residencia a raíz de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, *vid.*, ROJO TORRECILLA, E., “El nuevo marco de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías”, en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, AA. VV., cit., pp. 30-34; MOYA MALAPEIRA, D. y DONAIRE VILLA, F. J., “El nuevo marco competencial y organizativo de la inmigración”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., pp. 331-348; IBÍDEM, “Marco competencial y organización administrativa de la inmigración”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J., MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., pp. 523-528; ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2011, pp. 130 y ss. Focalizando la atención a las consecuencias en las distintas Comunidades Autónomas, FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., “Consecuencias de la atribución a las CC. AA. de competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de extranjeros”, en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, AA. VV., cit., pp. 239 y ss. En fechas anteriores a esta jurisprudencia, la doctrina ya apuntaba y defendía tal concepción, MOLINA NAVARRETE, C., “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 283, 2006, pp. 111-114; IBÍDEM, “El nuevo papel de las Comunidades Autónomas en la gestión de la inmigración económica extranjera: el caso andaluz”, en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, AA. VV., MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), cit., p. 63; en sentido análogo, ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., “La reforma de los Estatutos de Autonomía y su impacto en la normativa estatal de inmigración”, cit., p. 104.

ejecución laboral. Es más, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de mayo de 2011, expresa, al respecto, aludiendo a ésta última Sentencia del Tribunal Constitucional, que el artículo 138 del Estatuto de Autonomía de Cataluña se adecúa a la constitucionalidad siempre y cuando se interprete que la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo se circunscribe al ámbito laboral, no condicionando la materia estatal en materia de entrada y residencia de extranjeros en España.

Con el predominio formal y material de lo laboral relacionado con la inmigración sobre la extranjería, se da cumplimiento a uno de los objetivos perseguidos por la última reforma –tal y como se expresa en el apartado quinto de la exposición de motivos-, adaptando la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía incidentes en el régimen de autorización inicial de trabajo. Todo ello independientemente a la consideración de la estrecha conexión que presente con el permiso de residencia, más ligado este en sí mismo a la extranjería y, por ende, en este caso sí, más propiamente de competencia exclusiva estatal. Implícitamente, con el nuevo y vigente modelo, se conduce a una regulación jurídico-administrativista tendente a marcar diferencias claras en los aspectos relativos a la autorización de residencia por una parte y, por otra, a la de trabajo. Tanto en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, como en su reglamento de desarrollo –Real Decreto 557/2011-, en todos los artículos que se refieren a la autorización de trabajo, se disocia a ésta de la de residencia (fj tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 17 de mayo de 2011).

La consecuencia es que los nuevos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas ya vigentes tienen en la inmigración uno de sus asuntos principales, produciéndose una doble legitimidad competencial: el tema de la integración sociolaboral de los inmigrantes –junto a otras cuestiones y aspectos eminentemente sociales relacionados con los mismos como asistencia social, vivienda, etc.- y las cuestiones relativas a la autorización de trabajo de los extranjeros como competencia de ejecución laboral y en cuanto excepción a la situación jurídico-administrativa del extranjero propia de competencia exclusiva estatal⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., “La distribución de competencias en el Estado social autonómico en materia de políticas de empleo e inmigración”, cit., p. 33. En el mismo sentido, BLÁZQUEZ

La presencia de estos dos paradigmas se debe de considerar que no es a todas luces funcional, pues se puede originar una política de inmigración autonómica de dos velocidades susceptible de causar disfuncionalidades en su debida y correcta coordinación no sólo con la política de inmigración española, sino también con la propia comunitaria. Es por ello por lo que se echa en falta para lo anterior y su efectividad una clara tendencia a la unidad en las nuevas aspiraciones formales sobre competencias en materia de inmigración en el marco político-jurídico del proceso de reformas estatutarias. Si, como se confirma de la lectura y análisis técnico-jurídicos de los estatutos, la tendencia es hacia el progreso y descentralización aún más de las competencias -en especial y de un modo específico de la de inmigración-, desde una lógica interna de coordinación político-jurídica eficaz y eficiente, debería de imperar la unificación de criterios a seguir en la misma atendiendo al modelo de máxima aspiración⁴⁹⁰, independientemente a la presencia de la inmigración en la comunidad político-territorial en la que el estatuto reformado tenga vigencia. Sólo de este modo se reducirían más que posibles y probables asimetrías en el tratamiento político-jurídico de la inmigración entre distintas Comunidades Autónomas. Máxime -y desaprovechándose la ocasión para ello- cuando en julio de 2009 se reformó el reglamento de desarrollo de la anterior versión de la Ley Orgánica 4/2000, estando ya en tramitación el proyecto de la actual y última reforma.

Pero en verdad se ha de manifestar que, pese al contexto político en el que se estaba ya debatiendo el anteproyecto de ley de la vigente reforma de la Ley Orgánica 4/2000, la reforma reglamentaria se vio verdadera y auténticamente auspiciada e impulsada por el acuerdo del 12 de febrero de 2009 entre la Administración General del Estado y la Generalidad, sobre traspaso de competencias en materia de extranjería -más particularmente en lo referido al régimen de concesión de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia-, entrando en vigor el 1 de octubre del mismo año. En este sentido, el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modificó el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 -aprobado por el Real Decreto

RODRÍGUEZ, I., “Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en inmigración: un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 5, núm. 10, 2008, p. 11.

⁴⁹⁰ GARCÍA ROCA, J., “Inmigración, integración social de los extranjeros y concurrencia de competencias territoriales”, en *Derecho, inmigración e integración*, AA. VV., cit., p. 68

2393/2004, de 30 de diciembre- supuso la circunstancial confirmación del adecuado desarrollo y regulación técnico-jurídica del paradigma de máxima aspiración como dimensión definidora del nuevo proceso de descentralización competencial en materia de inmigración. Como quedó establecido en su breve pero clara exposición de motivos, la pretensión perseguida con el mismo fue la adaptación de la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo a los requisitos derivados del traspaso a las Comunidades Autónomas de la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros reconocida por los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía⁴⁹¹.

Con el artículo único que constituyó este Real Decreto se introdujeron puntuales y concretas reformas en el reglamento de desarrollo de la anterior versión de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Éstas últimas confirmaron formalmente que las Comunidades advertidas podían conceder –o denegar- de manera autónoma la autorización de trabajo a las personas inmigrantes extranjeras que pretendiesen desarrollar su actividad laboral inicialmente en el territorio de dicha Comunidad. Pero como el hecho de trabajar para estas personas extranjeras se vincula específicamente a la residencia legal de la misma en nuestra sociedad, se estableció que en el correspondiente procedimiento administrativo interviniesen tanto la autoridad laboral autonómica como la autoridad estatal competente. La primera debía de resolver sobre la concesión de la posibilidad de trabajar por cuenta ajena o propia atendiendo a la autorización solicitada. La segunda, por su parte, sobre la posibilidad de la residencia del extranjero en nuestro país al amparo de la propia solicitud de residencia y trabajo. Se puso así de manifiesto la necesidad de la concurrencia de competencias en relación a la inmigración con núcleo central de interés en lo sociolaboral, frente a la competencia exclusiva de la extranjería, pues si bien aquella necesita –como se definió jurídicamente- una intervención

⁴⁹¹ Este Real Decreto 1162/2009, de 10 de junio, fue objeto de impugnación mediante un recurso contencioso administrativo por parte de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Ésta argumentó que el mismo *atribuía a las Comunidades Autónomas con competencias en materia laboral la autorización inicial de trabajo, pese a que esta autorización se inserta en el procedimiento de autorización de residencia que constituye una competencia exclusiva del Estado, no renunciable ni autolimitable. En efecto, es al Estado a quien corresponde el establecimiento del régimen general de extranjería, entendido como el conjunto de previsiones reguladoras de la entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio español.* Este recurso fue desestimado, sobre la base de los planteamientos político-jurídicos expresados anteriormente, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 17 de mayo de 2011.

coordinada y complementaria de la soberanía y autogobierno, ésta última sí está más ligada al estricto concepto de soberanía estatal⁴⁹².

La coordinación necesaria para la adecuada ejecución de esta competencia con directa influencia en lo sociolaboral de las personas inmigrantes extranjeras supuso que, pese a la intervención de dos administraciones públicas distintas, se incluyeran unas modificaciones técnicas sobre la gestión electrónica de los procedimientos para su correcto funcionamiento y coordinación. Por más que pudiese parecer más complejo el sistema de ejecución de esta competencia, fue necesario para ello una adecuada coordinación y definición de roles entre ambas en la materia. En todo caso, la iniciación del procedimiento incumbe al órgano competente de la Comunidad, que debe de coordinarse con el mismo pero de la Administración General del Estado; la resolución corresponde a cada una de las Administraciones competentes, si bien ésta ha de ser conjunta, coordinada y concordante; también aquélla se notifica al interesado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma; y, por último, puede ser impugnada ante los órganos que la firman, si bien se resuelve de forma conjunta y concordante. En consonancia, pese a la concurrencia anteriormente advertida y la resolución conjunta, no se ha de olvidar que, si la inmigración tiene un marcado carácter laboral, se está produciendo un predominio material de la autoridad laboral autonómica sobre la estatal competente hasta tal punto de condicionarla y predeterminarla, pues al actuar coordinadamente si la primera accede a otorgar la misma es porque la persona extranjera se puede incluir en el mercado de trabajo y atender así las necesidades del mismo –una de las motivaciones aludidas en la exposición de motivos de la reforma legal- concediéndosele también el permiso de residencia por parte de la segunda⁴⁹³. Si

⁴⁹² Esta necesaria lectura material fue puesta de manifiesto por la doctrina *iustlaboralista* antes de que aconteciese esta reforma del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, MOLINA NAVARRETE, C., “El nuevo papel de las Comunidades Autónomas en la gestión de la inmigración económica extranjera: el caso andaluz”, en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, AA. VV., MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), cit., p. 59. Asimismo, también se apunta que si no se producen los mecanismos de cooperación y coordinación debidos en la materia que nos ocupa, la propia Comunidad Autónoma corre peligro de convertirse en una unidad de descentralización meramente administrativa, GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 358.

⁴⁹³ El término coordinación aludido no es técnicamente expresión de un concepto de procedimiento conjunto entre Administraciones. En dirección diferente, El Consejo de Estado, en su Dictamen 322/2009, de 26 de marzo, sobre el proyecto de Real Decreto de modificación del reglamento de desarrollo de la por aquel momento no reformada Ley Orgánica 4/2000, manifestó que la coordinación debe de referirse al carácter subordinado de las competencias autonómicas respecto a las correspondientes al Estado para la entrada y residencia de extranjeros.

no es así, se le rechazará y la resolución de la solicitud, al ser concordante, será negativa, rechazándose conjuntamente la autorización de trabajo y residencia.

Pero, si el resultado es la concesión de la autorización inicial de trabajo y la de residencia conjuntamente, como novedad relevante, la autoridad laboral autonómica y aquella limitan su validez a un ámbito geopolítico concreto, el de la propia Comunidad. La competencia autonómica, por tanto, conlleva implícitamente posibilitar la entrada en nuestro país de extranjeros suponiendo explícitamente su derecho a incluirse en el mercado de trabajo de la Comunidad que se trate, pudiéndose encontrar influenciadas las decisiones por políticas de facilitación o evitación de acceso, desembocando incluso en una fragmentación la unidad del mercado de trabajo⁴⁹⁴. Se constituyen, pues, más trabas de carácter administrativo al derecho humano fundamental a emigrar y su incompleta definición al no reconocerse el de inmigrar, no sólo ya entre distintos Estados sino también entre comunidades en el interior de los mismos. Queda limitada así no sólo la propia movilidad geográfica del trabajador inmigrante extranjero, sino es más, la posible laboral funcional en su casuística concreta ascendente o descendente⁴⁹⁵. Se expide una autorización administrativa para que la relación laboral se inicie y desarrolle en territorio de la comunidad autónoma, obviando y olvidando no sólo el hecho de que el trabajador inmigrante extranjero pueda cambiar de actividad laboral hacia otra Comunidad en busca de una mejora social, económica y laboral, sino también la posibilidad de que la empresa en la que se pueda incluir la persona extranjera tenga centros de trabajo en otras Comunidades y que pueda tener una movilidad entre ellos de carácter profesional. Cabe plantearse, pues, el interrogante de si implícitamente se está entendiendo en la normativa de extranjería e inmigración a ésta última como destinada a ocupar, en el mercado de trabajo, los puestos con menor cualificación y más precarios en términos de calidad y estabilidad en el empleo; y no precisamente porque estas personas extranjeras carezcan de la formación debida. O, incluso para colectivos específicos, como mujeres extranjeras trabajadoras víctimas de violencia de género, que tienen su derecho a la movilidad geográfica reconocido en el artículo 21.1 de la Ley

⁴⁹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La intervención autonómica en las autorizaciones de residencia y trabajo”, cit., pp. 6 y 15.

⁴⁹⁵ Monográficamente, *vid.*, PUMARES FERNÁNDEZ, P., GARCÍA COLL, A. y ASENSIO HITTA, A., *La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

Orgánica de Protección contra la Violencia de Género⁴⁹⁶. Sin duda alguna casuísticas que se pueden dar en la realidad frente a las que cabría establecer excepciones fijadas legalmente para la eficacia social del derecho.

Asimismo, también se ha de tener presente que la competencia autonómica sobre autorizaciones de trabajo incide de un modo directo en el estatuto jurídico-protector de derechos de esta persona inmigrante extranjera trabajadora. La tendencia en la reforma de los distintos Estatutos de Autonomía también hizo hincapié de un modo muy directo sobre los derechos correspondientes a las personas que se hallan o encuentran en el ámbito geopolítico en el que tienen vigencia. Y lo ha realizado de un modo muy diverso y diferente, notándose diferencias entre distintos Estatutos y Comunidades en la conformación de un cartismo estatutario de derechos en atención a colectivos específicos, como es el caso de las personas inmigrantes extranjeras⁴⁹⁷. Los avances y retrocesos en ellos recogidos generadores de posibles diferencias de trato según Comunidad de residencia, necesariamente han de quedar superados formal y materialmente por el propio contenido esencial de los mismos, su conexión a la propia dignidad humana y, lo más importante, su consideración y catalogación como derechos humanos fundamentales. Definición técnica, por tanto, que impide modulaciones contrarias a su propia definición, contenido y naturaleza internacional –en las grandes declaraciones de derechos- y nacional –en la propia Constitución-.

Todo este análisis, lectura y comprensión de la técnica política-jurídica empleada por los Estatutos de Autonomía en su proceso de reforma y su posterior

⁴⁹⁶ Para un análisis técnico-jurídico del mismo y del colectivo de mujeres extranjeras inmigrantes víctimas de violencia de género, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, cit., pp. 126-128 y 115-121. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La mujer extranjera víctima de violencia de género: residencia temporal y trabajo. Medidas de tutela protectoras sociolaborales”, en *Los Derechos de los Extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., pp. 505 y ss. Sobre estas particularidades, “Mujeres inmigrantes y trabajo: la problemática laboral”, en *Estudios sobre género y extranjería*, AA. VV., RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (ed.), PAZ MARTÍN, J. (coord.), cit., pp. 99-113.

⁴⁹⁷ Una consecuencia advertida de esta circunstancia es que el diferencial autonómico en relación a los derechos de las personas extranjeras inmigrantes supone que los mismos se conviertan en un hecho relevante, MOLINA NAVARRETE, C., “El nuevo papel de las Comunidades Autónomas en la gestión de la inmigración económica extranjera: el caso andaluz”, en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, AA. VV., MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), cit., p.54. Asimismo, BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “La contribución de las Comunidades Autónomas al reconocimiento y regulación de los derechos sociales”, *Revista Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 9, 2011, pp. 81-93.

desarrollo y puesta en práctica, queda confirmada en el nuevo artículo 2 *bis* de la reformada Ley Orgánica 4/2000. Se da respuesta así al objetivo quinto de la parte V de la exposición de motivos de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, en el que se establece la adaptación de la normativa a las competencias de ejecución laboral fijadas en los nuevos Estatutos de Autonomía incidentes en el régimen de autorización inicial de trabajo. En este sentido, en el primer punto del citado artículo se encuentra fijado que debe de ser el Gobierno, atendiendo al artículo 149.1.2^a de la Constitución, el que debe de definir, planificar, regular y desarrollar la política de inmigración, sin perjuicio las competencias susceptibles de ser asumidas por las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. Se pone de relieve implícitamente, por tanto, la tan insistida necesaria coordinación entre los distintos niveles de descentralización político-territorial en materia de política de inmigración, a la vez que su novedoso -por vez primera en la historia- reconocimiento legal y la relevancia de la misma en cuanto competencia autonómica en su perspectiva sociolaboral. Ahora bien, habrá que esperar al desarrollo reglamentario de la misma para confirmar formalmente la dinámica jurídico-material estatutaria puesta en marcha ya desde la reforma operada en el anterior reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

3.3.- Breve recapitulación jurídico-crítica

El tratamiento jurídico-político de la inmigración, tanto a nivel comunitario como nacional, ha evolucionado claramente desde una exclusiva y estricta perspectiva de extranjería atinente a las dimensiones de control de entrada y residencia de personas bajo la perspectiva del mantenimiento del orden y la seguridad, hacia otra que, sin perder la vista a la anterior y manteniéndola como fundamento pero en menor medida, dirige su atención a la ordenación y gestión de la entrada de personas inmigrantes extranjeras sobre la base de la dimensión laboral, del trabajo. Es decir, atendiendo a la capacidad de acogida de los mercados de trabajo con fundamento en las necesidades de los mismos. Es más, el trabajo se considera elemento central y esencial para la integración social de la persona inmigrante, con lo que este postulado se transforma en uno de los ejes de la actual política de integración que, a su vez y en esta dirección, es parte elemental del vigente modelo de política jurídica de inmigración.

En este sentido, se ha de tener presente que gran parte de los derechos de la persona en su condición de trabajadora son derechos humanos fundamentales de marcado carácter social –como se analizará en el siguiente capítulo-, con lo que la titularidad y ejercicio de los mismos se ha de sujetar a esa propia condición, y no a los documentos administrativos que definen la posición jurídica y estatus de ésta en una sociedad en la que el reconocimiento y la integración pasan, precisamente, por la efectividad de estos derechos. Esta es la perspectiva y concepción que se ha de hacer prevalecer, respetando así la propia naturaleza, sentido y alcance de los derechos sociales fundamentales, por más que se vea atacada por la mercantilización de la mano de obra extranjera según necesidades de la Unión Europea y de España.

Resultado de esta tendencia, se ha articulado una política que, a día de hoy, entremezcla el significado y el alcance propios e inherentes a las concepciones ligadas a los conceptos de extranjería e inmigración, con una dimensión predominante sobre ambas: la laboral. Se está ante un modelo de política jurídica de inmigración y extranjería claramente laboral. La entrada, permanencia e incluso retorno de personas inmigrantes extranjeras se supedita a la realización efectiva de un trabajo, a su empleo indistintamente desde la perspectiva material a sus condiciones –nichos laborales-, más allá del tipo de inmigración que se trate –reagrupación familiar, por ejemplo-: junto a la residencia legal o regular, estas personas están autorizadas para trabajar. E, incluso, si no están desarrollando actividad laboral alguna, se trata de impulsar jurídico-legalmente un ordenado retorno a sus países de origen.

En consonancia, actualmente, se instrumentaliza y mercantiliza a la inmigración extranjera, dejando en un segundo plano la consideración de que sus protagonistas son personas. No se les brinda un tratamiento político-jurídico igual en términos reales y efectivos facilitador de su integración mediante la atribución efectiva de derechos: sólo en términos equitativos o comparables, en cuanto fórmula debilitada de aquél. Se les consideran solamente fuerza de trabajo, pasando los derechos a un segundo plano. Además, atendiendo al concepto estricto de inmigración económico-laboral, como última tendencia político-jurídica, se les trata de seleccionar atendiendo a su cualificación, estableciendo una distinción y preferencia entre y por aquellos que tienen mayor cualificación profesional frente a los que carecen de la misma, ofreciéndosele condiciones más favorables –en forma de derechos- para su entrada y residencia e inclusión en el mercado de trabajo. Se originan así estatutos jurídicos de derechos

diferenciados dentro del colectivo inmigrante extranjero, atendiendo a particularidades concretas definidas a nivel comunitario y traspuestas en el ordenamiento jurídico nacional.

La consecuencia político-jurídica directa es que, en este contexto paradigmático, los derechos humanos fundamentales de la persona, su auténtico y genuino sentido y alcance, quedan en un segundo plano de la política jurídica de inmigración extranjera, hasta el punto de estar replegados a sus consideraciones, avances y retrocesos que, en gran medida son reflejo de las coyunturas y ciclos político-económicos. Tan sólo tienen mayor relevancia e importancia aquéllos derechos humanos de carácter social, por ir tan estrechamente ligados al trabajo, a la cobertura de necesidades básicas y a la protección social de la persona –en este caso, en su condición de trabajadora-. Éstos adquieren tintes de fundamentales para las mismas, pues tienden de un modo efectivo a la igualdad no sólo formal, sino lo que es más importante, material. A tal fin, se ha tratado de revalorizar y reactivar su verdadero reconocimiento universal –a nivel comunitario, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y, a nivel nacional, en la Constitución y en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social- en titularidad y ejercicio para estas personas.

Esta revalorización y reactivación de los derechos humanos fundamentales de carácter social, junto a la comunicabilidad e interdependencia de aquéllos independientemente a sus rasgos definidores, deben de ser los pilares y fundamentos desde los que reorientar más pronto que tarde y con fundamento en los instrumentos de carácter jurídico-político reconocedores de los mismos, la política jurídica de inmigración –tanto comunitaria como nacional- hacia el establecimiento como canon y elemento principal inspirador de la misma la propia vigencia universal de éstos, de sus postulados, significado y alcance. Más allá de la situación administrativa o de legalidad o ilegalidad de la persona y de las necesidades del mercado de trabajo. Es decir, un pilar y dimensión para la efectiva construcción y constitución de una Europa social y de un Estado social. Atendiendo a esta perspectiva, se dotaría del carácter social y humano que la inmigración merece omnicomprendivamente y de la que carece, pese a la evolución y avances logrados en esta dirección en los últimos años.

CAPÍTULO III.- EL MODELO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE RECONOCIMIENTO Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS INMIGRANTES

1.- PRECISIONES APRIORÍSTICAS TÉCNICO-JURÍDICAS

La Constitución Española de 1978 no define de un modo expreso al extranjero ni enumera explícitamente la titularidad y ejercicio de sus derechos. Pero esto no implica que se desconstitucionalicen ambos. La técnica utilizada a tal fin es, para estos últimos, la propia remisión relacional condicionada a los derechos de los extranjeros contenida en el artículo 13 y, para la definición del primero, se habrá de atender a lo establecido en el artículo 1 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social. Ahora bien, el sentido y alcance de la propia definición y contenido de los derechos han de estar en consonancia con las implicaciones inherentes al modelo de Estado social y sus valores inspiradores – libertad, igualdad y justicia, *ex* artículo 1.1 de la Constitución-, en términos de inclusión, universalidad, comunicabilidad e interdependencia de los derechos humanos fundamentales.

1.1.- LA NOCIÓN JURÍDICA DE EXTRANJERO

Sobre la base de la distinción entre persona y ciudadano, la condición de nacional de un Estado se definió desde finales del Siglo XIV y comienzos del XV -con el advenimiento de la Edad Moderna y el nacimiento del Estado como Estado nacional-

en relación al principio de soberanía⁴⁹⁸. En base a éste, una persona que se hallase en el territorio interno a sus fronteras definidas formando parte de la población del mismo y se sujetase, en consecuencia, a su orden jurídico-político, tenía la condición de ciudadano del Estado que se tratase. Implícitamente, se ponía de manifiesto una contraposición entre el ciudadano nacional de un Estado y el ciudadano nacional de otro, no considerándose éste último como nacional del primero –ni viceversa- y sí como extranjero⁴⁹⁹.

A día de hoy, este sentido y alcance para la condición de nacional de un Estado no es *stricto sensu* como se venía considerando en siglos anteriores. Se ha atemperado. Ahora bien, en los ordenamientos jurídicos actuales de los diferentes países sí sigue vigente con total esplendor en la definición de extranjero el sentido negativo –de contraposición, de exclusión- inherente al principio de soberanía. Muestra paradigmática de ello es el caso español y la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Y es que en la misma, delimitando su ámbito y a efectos de su aplicación, en su artículo 1.1 se define al extranjero como el que carece de la nacionalidad española⁵⁰⁰. Es decir, jurídico-legalmente se concibe y percibe al extranjero diferenciándolo del nacional, en sentido negativo, excluyente y discriminatorio. Se configura así la extranjería como la situación jurídica en que se encuentra una persona en relación con un Estado del que no es nacional⁵⁰¹ y en el que se encuentra⁵⁰². Como ya se apuntó, si a esta situación de

⁴⁹⁸ Desde una perspectiva político-jurídica, *vid.*, la clásica obra y tratado del politólogo y economista francés JOUVENEL, B., *La soberanía*, Comares, Granada, 2000, *passim*.

⁴⁹⁹ En este sentido, el Diccionario General de la Real Academia Española define al extranjero como *el que es o viene de país de otra soberanía*.

⁵⁰⁰ Se apunta en esta dirección que la definición de extranjero es en un sentido civilista, pues es en el Código Civil donde se regula la condición de nacional y extranjero antes que en la Ley Orgánica 4/2000, GARCÍA VAZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 33. Formalmente, este apunte era más claro en las versiones anteriores al actual texto legal –ilustrativamente la Ley Orgánica 7/1985-, pues se afirmaba que eran extranjeros los que no eran españoles conforme a la Ley. Para un sector de la doctrina *iuslaboralista*, la delimitación jurídico-legal tiene implícitamente una deficiencia técnica, porque la definición ignora formalmente la radical superación de la tradicional definición negativa de extranjero con la incorporación de España a la Unión Europea, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma <<pactada>>”, cit., p. 108.

⁵⁰¹ GOIG MARTÍNEZ, J. M., *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas Internacional, Madrid, 2008, p. 13.

extranjero, se le suma “lo sociolaboral” en los términos explicitados en el capítulo anterior, nos encontramos con la condición o categoría material de extranjero inmigrante –trabajador no nacional⁵⁰³–, pues ni en la Constitución ni en la propia Ley Orgánica 4/2000 se recoge formalmente la expresión inmigrante o extranjero inmigrante.

Esta definición jurídico-legal de extranjero y sus connotaciones no es absoluta ni completa para el caso español y los estados miembros actuales de la Unión Europea. Y es que la propia naturaleza supranacional e intergubernamental de ésta ha tenido un efecto inmediato sobre el concepto clásico de nacionalidad y ciudadanía, pues en todos y cada uno de los Estados miembros no se consideran extranjeros a las personas nacionales de los restantes países de la Unión. En el marco de la ya analizada ciudadanía europea, se les consideran y definen como comunitarios. Éstos, en España, no se rigen por la vigente Ley Orgánica 4/2000 –salvo con carácter supletorio en aspectos que pudieran serles más favorables⁵⁰⁴, *ex* artículo 1.3- y sí por las normas que regulan el régimen comunitario en el marco del derecho a la libre circulación. Más concretamente, en el caso español, por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁵⁰⁵. En éste,

⁵⁰² En relación a ésta, se ha apuntado que la residencia es la que se conforma como pieza esencial del Derecho de Extranjería, determinando la sujeción de la persona al ordenamiento jurídico y su protección por parte del mismo, GARCÍA VAZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 36.

⁵⁰³ Sobre su concepto, CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, cit., pp. 32-37; FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., pp. 81-84.

⁵⁰⁴ Doctrinalmente, se ha dudado del sentido y alcance de esta previsión, pues los beneficios y derechos son bastante escasos, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Artículo 1. Delimitación del ámbito”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., p. 70.

⁵⁰⁵ Inicialmente, éste fue modificado por el Real Decreto 1169/2009, de 10 de julio. Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Quinta, de 1 de junio de 2010, declaró nulos determinados artículos, apartados o disposiciones de distinto sentido y alcance para las personas comunitarias. Aglutinando los cambios anteriores, por medio del Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, se volvió a reformar, siendo ejes centrales de la misma: en primer lugar, la extensión de su ámbito de aplicación a los familiares de personas nacionales de los Estados de la Unión Europea con nacionalidad de terceros Estados, disponiendo éstos de la tarjeta de residencia desde la fecha de entrada en España –y no desde la fecha de concesión de la misma-; en segundo lugar, el mantenimiento del derecho de residencia en España para nacionales de terceros Estados en supuestos específicos, como para aquellos que lleven tres años casados o como pareja de hecho con una persona comunitaria, que dispongan de la custodia de hijos comunes o sean víctimas de violencia de género o de trata; y, en tercer

destaca la regulación de las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia y trabajo en España de las personas de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los países que forman parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a estos derechos por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

De este modo, tanto en España como en los restantes Estados miembros de la Unión, desde una perspectiva jurídico-formal, será extranjero el nacional de un tercer Estado no miembro de la Unión Europea. Y, teniendo presente “lo sociolaboral”, éstos formalmente serán trabajadores no comunitarios o extracomunitarios⁵⁰⁶, además de que, materialmente, también se les pueden denominar y categorizar asimismo como extranjeros inmigrantes.

Ahora bien, actualmente, en pleno Siglo XXI, desde una perspectiva jurídico-formal, los derechos de estas personas extranjeras sí han evolucionado hacia su efectiva universalidad, dejando en un segundo plano el sentido negativo y restrictivo presente en la definición de extranjero con origen en el principio de soberanía. El desarrollo de los sistemas constitucionales y la normativa internacional sobre derechos humanos, así como la inclusión de ésta última en aquéllos⁵⁰⁷, han sido esenciales en este intercambio de posiciones de importancia y relevancia. Además, también ha sido clave el hecho de que tanto la separación entre persona y ciudadano como el significado de éste último se hayan visto seriamente modalizados en sus implicaciones más directamente relacionadas con los derechos de la persona por la propia universalidad de los derechos humanos, obligando a repensar y evolucionar el sentido estricto de la ciudadanía y su carácter restrictivo-locativo hacia la desnacionalización y el criterio de residencia⁵⁰⁸, tal y como ya se ha analizado en el capítulo anterior.

lugar, la instauración de mayores garantías jurídicas en los procesos de expulsión de personas nacionales de Estados de la Unión Europea y sus familiares.

⁵⁰⁶ Defendiendo a éstas como las nociones más acertadas para referirse al trabajo de los extranjeros inmigrantes, RAMOS QUINTANA, M^a I., “Trabajo de extranjeros”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), cit., pp. 1356-1357.

⁵⁰⁷ Sobre la integración de las declaraciones de derechos en las Constituciones, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 13-30.

⁵⁰⁸ Sobre el tránsito de la ciudadanía del ciudadano a la del hombre, OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 45-60. Delimitando el binomio

En este sentido, el que todo un elenco de derechos humanos fundamentales universales haya sido reconocido en el Derecho Internacional actual, ha implicado la superación en el ámbito internacional del principio de soberanía de los Estados en esta materia. Como ya se ha examinado en capítulos anteriores, las principales Declaraciones y Pactos de Derechos vienen a establecer, reconocer, configurar y dotar de contenido a un conjunto de derechos inherentes a la persona humana y su dignidad allá donde esté, sea o no nacional del Estado en el que se encuentre⁵⁰⁹. En este contexto, es precisamente la conexión que presentan los propios derechos humanos con la dignidad la que genera para los Estados, en su relación con la comunidad internacional, una obligación de respetarlos y respetarla. En el caso español, el paradigma de esta situación lo constituye el sentido y alcance del artículo 10.2 de la Constitución: el establecimiento de una cláusula remisiva a las declaraciones de carácter internacional sobre derechos humanos a efectos interpretativos⁵¹⁰. Se incorpora e integra así en el ordenamiento jurídico español el estándar universal de reconocimiento y protección de los derechos humanos de la persona. De este modo, se han relativizado y superado las diferencias entre nacionales y extranjeros en materia de derechos humanos fundamentales⁵¹¹, al menos formalmente.

En suma, como resultado de una interpretación sistemática de conjunto que tiene presente estos últimos postulados, sustantivamente son extranjeros las personas carentes de nacionalidad española –y de la del resto de países miembros de la Unión Europea–

nacionalidad-ciudadanía en cuanto fenómenos de identificación y no identificación, VALDUEZA BLANCO, M^a D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 109-112.

⁵⁰⁹ Desde la perspectiva ya analizada en el capítulo anterior de la persona extranjera –inmigrante– como sujeto con derecho a tener derechos, es clave su identidad como persona y el reconocimiento universal de derechos ligados a esta condición, para lo que es esencial la dignidad de la persona en cuanto fuente de derechos universales, BAYLOS GRAU, A., “El derecho internacional de los migrantes”, en *Derechos Humanos de las personas migrantes y reformas normativas*, BAYLOS, A., PARIZA, L. M. y MORENO, J. A., cit., p. 15. En este sentido, se ha manifestado que los extranjeros representan actualmente un nuevo sujeto universal desposeído de todo, salvo de su condición de ser humano y de los derechos inherentes a la misma, GOIG MARTÍNEZ, J. M., *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, cit., p. 14.

⁵¹⁰ El contenido de este artículo se ha calificado como *poderoso mecanismo* de integración en el ordenamiento nacional del estándar universal de derechos humanos, VIDAL FUEYO, M^a C., “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución Española”, en *Los derechos de los inmigrantes en España*, AA. VV., AJA, E., (coord.), cit., p. 27.

⁵¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en *Derechos y libertades de los extranjeros*, Tomo I, AA. VV., Gobierno de Cantabria, Cantabria, 2003, p. 24.

que gozan en España del conjunto de derechos humanos fundamentales que, ateniéndose a sus circunstancias propias, se les atribuyan legalmente en consonancia con la propia Constitución y las disposiciones del Derecho Internacional sobre la materia.

1.2.- LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS

En la configuración general del modelo jurídico-constitucional de reconocimiento de los derechos de los extranjeros en España, es clave el artículo 13 de la Constitución⁵¹². Su sentido y alcance es garantizar a los extranjeros que se encuentren en España el goce de los derechos que se reconocen en el Título I de la misma con un condicionante fundamental: *en los términos que se establezcan en los tratados y en la ley*. Es decir, la Constitución no regula en sí misma los derechos de los extranjeros, sino que los enuncia y utiliza una técnica de remisión para la concreta titularidad y ejercicio de los mismos a lo que venga establecido tanto a nivel internacional -en los grandes tratados y pactos internacionales- como a nivel infraconstitucional -en el desarrollo legal de los mismos, principalmente en la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social-. En consecuencia, de una parte, la Constitución española no es solo una Constitución exclusiva para las personas nacionales -si bien fue realizada por éstos-; y, de otra parte, el texto constitucional no ha desconstitucionalizado los derechos de los extranjeros -que tienen

⁵¹² De destacar, por su significación, son los estudios realizados sobre el mismo por MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 203 y ss.; IZQUIERDO SANS, C., SANTOLAYA MACHETTI, P., PÉREZ MANZANO, P. y BUISÁN GARCÍA, N., “Artículo 13”, en *Comentarios a la Constitución Española*, AA. VV., CASAS BAAMONDE, M^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), La Ley, Madrid, 2009, pp. 227 y ss.; VIDAL FUEYO, M^a C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., pp. 72 y ss. Asimismo, argumentando a la luz del ordenamiento jurídico español la existencia de razones jurídicas válidas y suficientes para catalogar como criterio interpretativo de los derechos fundamentales a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, FLORES MARTÍNEZ, A., “Nuevo criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de derechos humanos en la Constitución española”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 131 y ss.

su fuente primaria en el mismo-, sino que sólo remite las condiciones de ejercicio a la Ley⁵¹³.

En este sentido, la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España se han de deducir de los preceptos que integran el título I –de los derechos y deberes fundamentales-, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudir, en primer lugar, a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio depende del derecho afectado (STC 107/1984, fj.4). En segundo lugar, al propio contenido del artículo 13, según el cual *los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley – artículo 13.1-; teniendo presente que solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales –artículo 13.2-*. Por tanto, como se deduce de su redacción y de su misma ubicación en el Capítulo I -de los españoles y los extranjeros- del título I, este precepto constitucional hace referencia a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídica diversas.

La remisión realizada al legislador por este artículo 13 es en el sentido de negarle una total libertad para la regulación tanto de la titularidad como del ejercicio de todos y cada uno de los derechos del Título I. Y es que, atendiendo a lo establecido en la STC 107/1984, la aplicación del criterio fijado para la determinación de si un derecho pertenece o no a los extranjeros es la propia dignidad humana. Esto pone de manifiesto, a su vez y como ya apuntamos en capítulos anteriores, que los derechos fundamentales, por sí mismos, se encuentran ligados a ella y, como resultado, deben de ser derechos que pertenezcan tanto en la titularidad como en el ejercicio a los extranjeros, independientemente a su nacionalidad y situación. Por tanto, para los derechos fundamentales de los extranjeros, el legislador tiene la libertad limitada a la hora de

⁵¹³ *A sensu contrario*, partiendo de la desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros que realiza *a priori* vista el artículo 13 de la Constitución, se mantiene que para éstos los derechos fundamentales son siempre derechos de configuración legal comportando que el legislador, de un lado, tiene libertad para reconocerles o no la titularidad del derecho que se trate y, de otro, carece de tope alguno en el respeto del contenido esencial, DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., pp. 138-139.

configurarlos, ya que tiene que respetar siempre su grado de conexión con la dignidad humana y, en consecuencia, no puede modular su contenido (STC 99/1985) ni negar su ejercicio a las personas nacionales de terceros Estados, al tratarse de derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano de un Estado concreto.

De esta forma, es la propia dignidad de la persona -establecida constitucionalmente- la que es el primer, elemental y fundamental límite a la libertad del legislador para regular, según lo que establece el artículo 13 de la Constitución, el conjunto de derechos y libertades de los extranjeros en España. Ello es así porque en la interpretación sistemática de ésta, junto a los valores de la igualdad y la libertad, se ha de fundamentar la construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos humanos fundamentales⁵¹⁴. Prueba de su importancia es que se conforma como el valor fundamental sobre el que se articula la dimensión moral del hombre sobre la que quedan ensamblados los derechos de la persona y que deriva en la realización de dos obligaciones morales: la de ser solidarios con aquellos que están insatisfechos física y moralmente y la de ser solidarios con los sujetos morales que carecen de participación en igualdad de condiciones en los ámbitos sociales⁵¹⁵.

Ahora bien, ello no obsta a que el legislador pueda fijar condicionamientos adicionales en el ejercicio de los propios derechos por los extranjeros. Los mismos, en todo caso, han de respetar siempre lo que venga establecido constitucionalmente respecto de ellos. No se puede estimar el derecho que se trate en cada caso permitiendo que el legislador configure libremente su contenido, cuando ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros. Es decir, los tradicionales requisitos de legalidad plasmados en la exigencia de la autorización para trabajar o el permiso de residencia, no permiten al legislador privar al extranjero de derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona⁵¹⁶. Si se le permitiese, no sería respetado de ninguna forma el contenido esencial por la distinción entre titularidad y ejercicio y se daría paso a la consideración de los derechos fundamentales desde los criterios dogmáticos de la teoría tradicional de los derechos patrimoniales, del derecho

⁵¹⁴ GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, cit., pp. 94-102.

⁵¹⁵ DE ASÍS, R., "Derechos humanos, inmigración y solidaridad", cit., pp. 11 y ss.

⁵¹⁶ GARCÍA VAZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 48.

de propiedad, lo que supondría la degradación de las garantías inherentes a la dignidad humana⁵¹⁷.

Esta posible situación conllevaría una desconstitucionalización de los derechos fundamentales y una desnaturalización de los mismos que se produce cuando se entiende que forma parte del contenido posible legal elementos típicos del contenido esencial -tales como la titularidad y el ejercicio en sí de los derechos-, porque nunca, en términos de principio, puede formar parte del contenido posible legal elementos esenciales o resistentes del derecho constitucional. Si ello es así, en tal caso se estaría invadiendo el límite del contenido esencial impuesto deliberadamente por el legislador constitucional al legislador infraconstitucional del derecho que se trate. Y es que una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales⁵¹⁸. Así pues, se pone de manifiesto que ningún derecho fundamental puede ser considerado totalmente como de configuración legal -todo derecho fundamental goza de la garantía constitucional de un contenido esencial que actúa como límite infranqueable para el legislador infraconstitucional, *ex* artículo 53.1 de la Constitución-⁵¹⁹, pues aunque en los supuestos en los que la intervención del legislador es necesaria para que el contenido del derecho quede configurado, el

⁵¹⁷ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Constitución Española, derechos de los extranjeros”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 41, 2001, pp. 19-22.

⁵¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada”, *cit.*, p. 116

⁵¹⁹ En todo caso, no se ha de ignorar que la cláusula del contenido esencial asume dos funciones típicas: la “defensiva” -expresada en el texto- y la “ofensiva”. Y es que atendiendo a ésta última, las fórmulas del contenido esencial -independientemente de la recepción en un texto positivo- pueden cumplir -sobre todo en manos del Juez, pero también para el científico- una segunda función más positiva, si se quiere de “apelación” y “ofensiva”. Para el presente y el futuro, ellas pueden circunscribir y fundar nuevos aspectos de los derechos fundamentales, que tradicionalmente no eran considerados como elementos -inmanentes- del contenido de estos derechos. Dichas fórmulas pueden fundar una ampliación y un enriquecimiento del ámbito de tutela de los derechos fundamentales hasta recoger nuevos “elementos”, y pueden dar lugar a una intensificación del radio de acción hacia ulteriores direcciones de tutela. Sobre todo en el “proceso de crecimiento” de las libertades fundamentales, que se ha desarrollado con buenos resultados durante toda la mitad del siglo veinte, deviene inmediatamente perceptible este aspecto de las cláusulas judiciales o la de la doctrina constitucionalista relativa al contenido esencial. *Cfr.* HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Comares, Granada, 2003, pp.322 y ss.

legislador habrá de respetar un contenido mínimo que en la Constitución se encuentra consagrado⁵²⁰ en clara consonancia y respeto a lo establecido internacionalmente⁵²¹.

En esta dirección, el régimen de garantías constitucionalmente establecido para la protección de estos derechos es el que se recoge en el artículo 53.1 de la misma, por el que se garantiza una protección ordinaria de los mismos que se ha de entender necesariamente atribuida también a los extranjeros en cuanto poseedores de ellos. Esto supone que la regulación de las condiciones de ejercicio por los extranjeros de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución ha de hacerse imperiosamente bajo el respeto del contenido esencial, puesto que bajo artículo 53.1 no cabe el establecimiento de diferencias en base a la nacionalidad⁵²². Así, este conjunto de derechos tiene la protección ordinaria consistente en la tutela a través del recurso de inconstitucionalidad. En consecuencia, esta garantía es aplicable única y exclusivamente a los derechos como tales, no a las garantías institucionales y en ningún caso a los mandatos del legislador⁵²³.

De este modo, se comprueba que el artículo 13.1 de la Constitución proporciona al legislador una libertad considerable para la regulación de los derechos de los extranjeros, pero siempre y cuando las condiciones que establezca en la misma respeten la conexión de los derechos con la garantía de la dignidad humana, el contenido mismo del derecho constitucionalmente establecido y el contenido del mismo fijado en los Tratados Internacionales. Así, la remisión a la Ley no comporta una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, porque el legislador,

⁵²⁰ VIDAL FUEYO, M^a C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 62.

⁵²¹ Teniendo presente este argumento, se defiende que la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, contiene una doble remisión al derecho internacional: por una parte, los tratados internacionales permiten atemperar el principio de igualdad en la titularidad de los derechos fundamentales de nacionales y extranjeros; y, por otra parte, al derecho internacional de los derechos humanos vigente para España. JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 25-28.

⁵²² LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español”, en *Inmigración y derechos de los extranjeros*, AA. VV., FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S. (dir.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, p. 18.

⁵²³ RIVERO LAMAS, J., “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 1985.

aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los términos en los que aquéllos gozarán de los derechos en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución. Especialmente los contenidos en el art.10.1 y 2 de la misma: de un lado, la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social; y, de otro, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución se han de interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias ratificados por España.

En clara consonancia, para el Tribunal Constitucional⁵²⁴ existen derechos del título I que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, no resultando posible un tratamiento desigual respecto de los españoles (STC 107/1984, fj. 3) porque gozan de ellos en condiciones plenamente equiparables a los españoles (STC 95/2000, fj. 3). Precisamente, estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos: derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de la Constitución es el fundamento del orden político español (SSTC 107/1984, fj. 3; 99/1985, fj.2; y 130/1995, fj. 2). Se trata, en efecto, de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana (STC 91/2000, fj.7). Esa inherencia a la personalidad afecta al conjunto de los derechos fundamentales de la persona según su garantía constitucional y en conexión obligada con la cláusula consagrada *ex* artículo 10.2 de la Constitución (SSTC 78/1982; 84/1989; 139/1989, 236/2007; 259/2007; entre otras). Ciertamente la dignidad humana impone el reconocimiento a toda persona, independientemente de la situación en que se encuentre, los derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla efectivamente, por lo que ésta constituye y se configura como un mínimo infranqueable que, por imperativo constitucional, se impone a todos los poderes, incluido, como es obvio, el mismo legislador infraconstitucional⁵²⁵. Es así que deberá prestarse una

⁵²⁴ *Vid.*, al respecto, monográficamente en relación a la doctrina de este Tribunal sobre la extranjería, CASAS BAAMONDE, M^a E., “El Tribunal Constitucional ante la extranjería”, en *Derecho, Inmigración e Integración*, AA. VV., cit.

⁵²⁵ En este sentido, se ha expresado que la STC 236/2007 ha hecho un uso resolutorio y de importancia de la dignidad humana en la atribución de derechos a los extranjeros, JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 10”, en *Comentarios a la Constitución Española*, AA. VV., CASAS BAAMONDE, M^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), cit., pp. 185-186

especial atención la observancia por el legislador de los límites que impone el texto constitucional.

Por su parte, el artículo 10.2 de la Constitución constituye el canon hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas⁵²⁶. Sobre este precepto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado advirtiendo de que no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en la medida en que no estén también consagrados por la propia Constitución. Pero, sin embargo, sí obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. Así, el texto constitucional implica que toda interpretación de los derechos y libertades que consagra sea conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Hecho que tiene una gran relevancia para las personas extranjeras, pues la normativa internacional de derechos humanos superó hace muchísimos años ya la clásica distinción nacional-extranjero, proclamando la existencia de un conjunto de derechos cuya titularidad se predica de todo ser humano, dando lugar así un estándar mínimo internacional⁵²⁷. Esto no significa que el Tratado Internacional invocado sea en sí mismo canon de constitucionalidad, sino que los artículos reguladores de derechos a nivel jurídico-legal han de ser contrastados con los preceptos constitucionales que enuncian y proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, siempre que sean interpretados de acuerdo con el contenido del Tratado de referencia. Se convierte así, en la práctica, este contenido en el propio y constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del título I de la Constitución (STC 36/1991, fj. 5). Adicionalmente, se ha señalado, que especial interés revisten, en este proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los

⁵²⁶ Sobre el mismo, su sentido y alcance, DE ASÍS, R., “La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 153 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, J. y SÁIZ ARNAIZ, A., “Artículo 10”, en *Comentarios a la Constitución Española*, AA. VV., CASAS BAAMONDE, M^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), cit., pp. 178 y ss.

⁵²⁷ VIDAL FUEYO, M^a C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit. p. 70. En esta dirección, se argumenta y defiende que los tratados y textos internacionales reguladores de los derechos humanos constituyen el marco jurídico de la extranjería, dentro del cual se ha de ubicar la legislación y actuación estatal, GOIG MARTÍNEZ, J. M., *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, cit., p. 21.

demás Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 de la Constitución remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales.

De este modo, el principal criterio general y motivación básica perseguido es el adecuado establecimiento del estatus jurídico básico fundamental de derechos de la persona extranjera en España. La forma técnico-jurídica a tal fin es hacer primar la condición de persona, conforme a la relación que presenten cada uno de los derechos que lo integran con la propia dignidad personal y humana.

Esta firme apuesta y decisión del orden jurídico-constitucional es tanto manifestación clara del reconocimiento del compartir nacional con el ámbito de los valores e intereses que los instrumentos internacionales citados protegen, como expresión de la voluntad española en cuanto Nación de incluirse en un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Sobre estos motivos, desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional 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, 78/1982, y 38/1985) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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, 114/1984, 245/1991, 85/1994 y 49/1999).

En clara consonancia con esta tendencia interpretativa, corresponde examinar, primeramente, la conexión del concreto derecho de que se trate con la garantía de la dignidad humana. Tal determinación requiere partir del tipo abstracto de derecho y los intereses que básicamente protege –es decir, su contenido esencial- para precisar, seguidamente, en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona. Ahora bien, acudiendo necesariamente para ello a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España –*ex* artículo 10.2 de la Constitución, ubicado significativa e ilustrativamente dentro del mismo artículo garante de la dignidad de la persona- (STC

91/2000, fj.3). Una vez realizado esto y también comprobado la vinculación del derecho con la dignidad de la persona, lo que deberá corroborarse es si la condición establecida por el legislador para su ejercicio es constitucionalmente admisible. En tal sentido si el derecho es de toda persona -derecho universal-, sólo cabe establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio, pero siempre que realmente no supongan una privación del mismo. Es decir, siempre y cuando el legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales respete un contenido del mismo -que precisamente es el que lo hace reconocible como tal- que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona y al libre desarrollo de su personalidad, independientemente a la nacionalidad del mismo y a la situación en que se encuentre.

Esta es, en lo sustancial, la premisa argumentativa y hermenéutica que sustentan las SSTC 236 y 259/2007 y la doctrina establecida por ellas⁵²⁸, seguida por la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009. Sobre esta doctrina y argumentación, se ha de dejar claro que se trata, en todo caso, de una interpretación jurídica, de manera que la *ratio* de la norma se identifica sobre la base de una reflexión compleja en relación a su fundamento lógico y axiológico, que ha de saber unir la exigencia de coherencia intrínseca del ordenamiento y su adecuación a las exigencias sociales históricamente determinadas por la propia cultura de los derechos fundamentales –en este caso concreto-⁵²⁹.

Es necesario recalcar, en cualquier caso, que en este contexto interpretativo es en el que se ha de tener presente que, en la regulación jurídico-legal de los derechos de los extranjeros, es indispensable el respeto a lo que venga establecido en la Constitución referido a esta materia y a los Tratados y Pactos de derechos de carácter internacional. En ello es clave el hecho de que a nivel internacional, como consecuencia del paso

⁵²⁸ Analizando, desde una perspectiva general, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre derechos de los extranjeros, pero con especial referencia a las mismas, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre (I)”, cit., pp. 16-28. Igualmente, RAMOS QUINTANA, M^a I., “Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19, 2008, pp. 47-80. Se ha apuntado, igualmente, que las citadas sentencias han reclasificado y reinterpretado los derechos y libertades de los extranjeros en España, ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y Trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 33 y ss.

⁵²⁹ HECK, P., *El problema de la creación del Derecho*, Comares, Granada, 1999, *passim*.

histórico de los tratados internacionales entre Estados con poca o nula proyección en el derecho interno, a los tratados y pactos de derechos humanos de carácter universal, se produjese un establecimiento de estándares mínimos internacionales a los que el contenido de los derechos internos reguladores deben de ajustarse. Por tanto, la regulación jurídico-legal de cada uno de los Estados concretos ha de respetar, genéricamente, los mínimos internacionales establecidos -a modo de estándar universal- en las principales declaraciones, pactos y convenios reconocedores de derechos.

En clara consonancia, a nivel jurídico-legal, es el artículo tercero de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, el que actúa como pórtico al reconocimiento de los derechos de los extranjeros⁵³⁰ en base interpretativa a tres criterios: en primer lugar, la igualdad de trato jurídica respecto al nacional en derechos reconocidos constitucionalmente a los extranjeros; en segundo lugar, la vigencia universal de los derechos fundamentales de las personas; y, en tercer lugar, la cláusula de interpretación conforme al estándar internacional de protección de los derechos humanos. Así, en correcta lógica y técnica-jurídica de conjunto, se le dedica un título por completo de la misma a los derechos, el título I: Derechos y libertades de los extranjeros, que a su vez se divide en cuatro capítulos y veintidós artículos. Es decir, poco menos de una tercera parte del global de la Ley en la que se reconocen la titularidad y las particularidades de ejercicio de los derechos de los extranjeros, ya sean fundamentales o no y sin categorizar en civiles, políticos y/o sociales.

Desde la perspectiva del constitucionalismo de carácter democrático-social, el sistema de derechos imperiosamente ha de ser contemplado desde el principio de integración por la igualdad de derechos⁵³¹. Es aquí donde la última reforma en la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, desempeña un rol clave al insistir implícitamente -derivado de las SSTC 236 y 259/2007- en que la norma de

⁵³⁰ Sobre el mismo, MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 105 y ss.

⁵³¹ MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 34-38. Conectando este planteamiento con la dignidad humana desde el ámbito jurídico-legal, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Á., “Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., p. 126.

desarrollo del artículo 13 de la Constitución, cuya expresión es el título I que se ocupa de los *derechos y libertades de los extranjeros*, no reproduzca con fidelidad la clasificación de derechos realizada hace casi tres décadas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 107/1984 en su fundamento jurídico tercero.

Ésta última clarificó cuáles eran los derechos que correspondían a los extranjeros: aquellos que pertenecen a la persona en cuanto tal, es decir, pertenecen a nacionales y extranjeros; derechos de configuración legal, según venga establecido en la ley; y derechos que en modo alguno pertenecen a los extranjeros, que son exclusivamente de los nacionales.

En primer lugar, están los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano. Es decir, aquellos que tienen un carácter imprescindible para la garantía de la dignidad humana, que conforme al artículo 10 de la Constitución Española constituyen fundamento del orden político español. Así, corresponden a los extranjeros por mandato constitucional, no resultando posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los nacionales. No se establece una tasación cerrada del conjunto de los derechos que se pueden acoger bajo este grupo, sino que es una lista abierta ejemplificadora, citándose algunos como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad o a la libertad ideológica, religiosa y de culto. También se incluye el derecho a la tutela judicial efectiva extendida a las garantías judiciales vinculadas a los derechos fundamentales. Así pues, son derechos que presentan una clara identificación con los derechos fundamentales y las libertades públicas, cuyo disfrute se produce en términos de completa igualdad como diferenciación negativa⁵³², implicando la no diferenciación en lo referido a su titularidad, ejercicio y garantías, más allá de la mera condición personal administrativa y/o de nacionalidad. Esto hace que sean derechos que deban de ser interpretados conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Acuerdos y Tratados internacionales ratificados por España. En esta línea está la tendencia que, en relación a los derechos fundamentales que deben poseer los extranjeros, identifica que todos los del Título I de la Constitución, cuyas

⁵³² DE ASÍS ROIG, R., “Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV. CAMPOY CERVERA, I. (Ed.), cit., pp. 40–43.

garantías normativas y jurisdiccionales se supeditan al carácter fundamental de los derechos⁵³³.

En segundo lugar, están los derechos de configuración legal, cuya titularidad y ejercicio quedan reconocidos según las condiciones que establezcan los Tratados y la Ley. Es admitida una diferenciación en su ejercicio respecto a los nacionales, pero siempre respetando los preceptos constitucionales. Se origina así, a una igualdad como diferenciación positiva⁵³⁴, en cuanto que se produce un trato distinto considerado como relevante. Es decir, son derechos compartidos por nacionales y extranjeros, en la medida en que a éstos vengan atribuidos en los términos establecidos por el legislador, que es el que tiene autoridad para someter su cumplimiento a determinadas condiciones⁵³⁵. Estas condiciones, o límites, son la justificación de la desigualdad que se pueda producir respecto al reconocimiento de los derechos a determinados extranjeros, entrando aquí a jugar un papel fundamental las autorizaciones administrativas pertinentes. Pero complementaria y esencialmente, hemos de tener presente que esta autoridad del legislador no es absoluta ya que se encuentra moldeada por dos límites básicos. Por un lado, tal y como hemos aludido, por los mandatos constitucionales establecidos. Y, por otro lado, por los contenidos esenciales que ostentan cada uno de los derechos, que se presentan como fundamentales a respetar⁵³⁶, según el artículo 53.1 de la Constitución. En conexión con este grupo de derechos se encuentra aquella posición que, en relación a los derechos fundamentales que deben poseer los extranjeros, identifica que tan sólo algunos de ellos, para lo que se amparan en la interpretación reductiva y en la exclusión constitucional de algunos derechos propios de los españoles o los ciudadanos; a la vez

⁵³³ GARCÍA AÑÓN, J.: “Derechos de los extranjeros y discriminación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2002, pp. 3–5.

⁵³⁴ DE ASÍS ROIG, R., “Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV., CAMPOY CERVERA, I. (Ed.), cit., pp. 40–43.

⁵³⁵ Ante este protagonismo preponderante del legislador, y pese a que ya viene intrínsecamente por éste el respeto a los tratados y convenios ratificados por España al estar introducido en la Constitución su acatamiento, para ÁLVAREZ–OSSORIO MICHEA, F., los tratados y convenios actúan como contenido mínimo de los derechos. ÁLVAREZ–OSSORIO MICHEA, F., “Los derechos fundamentales de los extranjeros en España”, en *El nuevo derecho de extranjería*, AA. VV., RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.), Comares, Granada, 2001, p. 42.

⁵³⁶ CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 411–412.

que condicionan sus garantías jurisdiccionales y normativas al ejercicio y disfrute establecido en el desarrollo estatal o internacional del mismo⁵³⁷.

En tercer lugar, están los derechos que de ninguna manera pertenecen a los extranjeros, por ser específicos de los nacionales y cuya facultad se liga a la noción y ejercicio de la soberanía estatal. Es decir, son derechos políticos. Estamos ante el caso del artículo 23 de la Constitución: la participación en asuntos públicos, de forma directa o mediante representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal y el acceso a funciones y cargos públicos. En consecuencia, los extranjeros son parte de la sociedad en la que se encuentran en base a un conjunto de derechos universales, pero con la ausencia de compartir una misma identidad colectiva que les reporte tener el conjunto de derechos de la ciudadanía política. Se crea así un colectivo en la sociedad que disfruta de derechos sociales y civiles, pero no políticos, dando lugar a una situación de extranjería permanente⁵³⁸. Pero este derecho en principio tajantemente prohibido, presenta la excepción de que el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales quede supeditado a la firma de convenios o acuerdos de reciprocidad entre Estados, constituyendo éstos un aspecto elemental en la materia según el artículo 6 de la Ley Orgánica 4/2000.

Esta clasificación tripartita se fundamenta en una diferenciación radical entre los derechos fundamentales de la persona y los derechos sociales, de modo que es en relación a éstos últimos -que son los más efectivos para hacer real la integración social en la medida que son el presupuesto para la garantía del disfrute real de aquellos- donde el legislador ha tenido un mayor margen de actuación. Es así debido a su dimensión prestacional, ya que se abre una mayor posibilidad de atender a concretas circunstancias, socioeconómicas y personales. La equiparación de todos, esto es, entre españoles y extranjeros e, incluso, de entre éstos entre sí, se hace más difícil.

Sin embargo, la función de legitimación social de la Ley, conforme a una más moderna y social perspectiva establecida en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se juega básicamente en este punto, en la medida que la actitud ante la posición jurídica de uno de los colectivos más desfavorecidos en el plano socioeconómico define

⁵³⁷ GARCÍA AÑÓN, J., “Derechos de los extranjeros y discriminación”, cit., pp. 3–5.

⁵³⁸ Concepto y expresión acuñados por BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p. 108.

de forma muy clara la concepción subyacente e inspiradora del vigente texto legal. Si los derechos fundamentales no son vinculados a la condición de nacional, ni tan siquiera de ciudadano, sino a la de persona, que por tanto precede a la ley, aunque sea la ley la que delimita cuando se es persona; tampoco los derechos sociales, *conditio sine qua non*, para la vigencia de la cláusula de dignidad de la persona.

En concordancia con esta situación descrita, es posible proponer una nueva clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros más acorde⁵³⁹. Un primer grupo vendría conformado por los derechos universales de todas las personas en cuanto sujetos y, por tanto, serían derechos inherentes a la garantía de la dignidad humana. Este grupo concordaría con el primero de la comentada sentencia. Ahora bien, ampliando el elenco por la propia caracterización de universalidad y los derechos humanos y su estándar mínimo internacional. Un segundo grupo lo constituiría los derechos exclusivos y, por tanto, excluyentes, de los nacionales de un Estado, que estarían en relación directa con los derechos de participación política. En consecuencia, serían derechos de ciudadanía política. Este grupo se corresponde, en parte, con el tercero de la citada Sentencia. Un tercer grupo de derechos generalizables, sin ninguna relación con la ciudadanía, serían compartibles según las exigencias legislativas y constituirían el reflejo de una ciudadanía cívica y social. Así pues, atendiendo a esta propuesta –doctrinalmente establecida–, no queda fijada una división radical e ilógica de los derechos, sino que se manifiesta la interdependencia entre todos los derechos humanos fundamentales. Sin embargo, el que se admita la realidad jurídica de una diferenciación como regla entre las categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente.

Es en esta dirección en la que el Tribunal Constitucional, mediante las SSTC 236 y 259/2007 profundizó y mostró la intención de superar su doctrina tripartita en la atribución de los derechos a los extranjeros establecida en la STC 107/1984⁵⁴⁰. Con ello,

⁵³⁹ Propuesta compartida con MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”, en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 220–223.

⁵⁴⁰ Analizando el marco jurisprudencial básico del Tribunal Constitucional en materia de derechos humanos fundamentales de los extranjeros y tomando como referencia las citadas sentencias, así como la evolución experimentada desde una doctrina restrictiva tradicional –en referencia a la STC 107/1984–

lo que se produjo fue una extensión de los derechos de ciudadanía a los extranjeros como objetivo de la política jurídica bajo el amparo de que, necesariamente, se tienen que recibir legislativamente los mandatos constitucionales, en especial en los términos fijados en las normas internacionales, tal y como se deduce del artículo 10.2 de la Constitución⁵⁴¹. El paradigma de tal situación en aquellas sentencias se produjo con las cuestiones planteadas para la tacha de inconstitucionalidad de derechos sociolaborales como la libertad de sindicación, el derecho de huelga o el derecho de reunión⁵⁴², que más adelante se analizan.

Tales derechos, o bien derivan del ejercicio de una actividad socioeconómica útil -independientemente de la nacionalidad del que la realiza- o bien son inherentes a la existencia de determinadas situaciones de necesidad, al margen de la condición personal y de que se realice o no actividad. De lo contrario, quedarían acentuados los efectos excluyentes de una sociedad remercantilizada en la que, al igual que ocurre con otros colectivos en el seno de las sociedades de la opulencia, cada vez son más los desplazados hacia situaciones vulnerables y desarraigados, con la consecuencia inmediata del aumento de los focos potenciales o reales del conflicto social. Por lo tanto, el reto de la integración no sólo tiene el objetivo de la cohesión desde la dimensión social, sino también económica, en cuanto que es un presupuesto para el mantenimiento del modelo económico basado en las reglas del mercado. De ahí el

hacia la doctrina social actual –en referencia a las SSTC 236 y 259/2007-, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., pp. 55-68. Resolviendo el interrogante sobre la superación de la tradicional doctrina de clasificación tripartita de los derechos para los extranjeros por parte del Tribunal Constitucional, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre (II)”, cit., pp. 22-31.

⁵⁴¹ En este sentido, relacionando el sentido y alcance jurisprudencial y doctrinal de la STC 236/2007 con el artículo 13 de la Constitución, se ha defendido la evolución desde una triple división en la atribución de derechos a los extranjeros hacia una doble división: los derechos políticos –solamente para los nacionales españoles- y el resto de los derechos –corresponden a los extranjeros con arreglo al contenido esencial de cada uno de ellos y cualquiera que sea su situación administrativa-, JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 10”, en *Comentarios a la Constitución Española*, AA. VV., CASAS BAAMONDE, M^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), cit., p. 186. Desde esta perspectiva, DONAIRE VILLA, F. J., “Derechos y libertades de los extranjeros”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J., MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., pp. 85 y ss.

⁵⁴² Destacando las cuestiones centrales planteadas en las SSTC 236 y 259/2007, sobre los derechos sociolaborales, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre (I)”, cit., pp. 28-49.

permanente avance y retroceso de los extranjeros inmigrantes entre las leyes y el mercado.

De destacar es, al respecto, la importancia que posee la jurisprudencia constitucional de finales del año 2007 en estos derechos en cuanto que son derechos de ciudadanía laboral o industrial. Éstos entroncan tanto con el principio participativo -propio de los derechos de ciudadanía política-, como con el principio de libertad -propio de los derechos de ciudadanía civil o cívica-, e incluso con el principio de igualdad -propio de la ciudadanía social-. Sin embargo, se concretan en un determinado colectivo socioeconómico -los trabajadores- y se ejercen en un concreto ámbito -la empresa- y el mundo del trabajo en general -derechos del ciudadano en cuanto trabajador, hombre socialmente situado⁵⁴³-.

Esta circunstancia tiene el riesgo de trazar una desaconsejable separación entre los derechos y libertades generales de la persona y los derechos y libertades del individuo en su condición -estatus social- de trabajador. Pero, sin embargo, se ha de tener presente que la Constitución tiene una función formadora y conformadora de los principios, derechos y libertades de contenido social y laboral. La Constitución forma el Derecho Social en tanto que la constitucionalización de los principios y derechos jurídico-laborales es un dato básico para conocer su caracterización como sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico general. En efecto, la recepción constitucional de determinados derechos subjetivos del ciudadano trabajador y la consagración de principios jurídicos-laborales en la norma fundamental o fuente que constituye y define el sistema jurídico, implica que esos principios y derechos laborales adquieran el mismo rango formal y material que los que venían inspirando tradicionalmente el ordenamiento general. Se ha podido decir que la Constitución da al trabajo humano igual consideración y jerarquías que otras materias de orden político-jurídico. Esto deriva del hecho de que la regulación del trabajo se estima como elemento esencial del orden social establecido en un momento histórico determinado. De ahí que sea la propia Constitución quien formalice los principios básicos de la organización jurídica del trabajo por cuenta ajena y, consiguientemente, garantice los derechos sociolaborales.

⁵⁴³ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 116 y ss.

Como ya se ha apuntado en capítulos anteriores, el constitucionalismo social contemporáneo reconoce junto a los derechos de libertad clásicos los derechos sociales y económicos del trabajador profesional. Hay, pues, una equiparación jurídico-política, en la misma fuente –la Constitución-, de los derechos generales de la persona y los derechos subjetivos del ciudadano en su condición de trabajador por cuenta ajena. Por eso es legítimo afirmar que se hace de los derechos del trabajador derechos análogos a los del ciudadano. Esta ciudadanía social derivada directamente del trabajo y de la condición de trabajador, hace también que a la persona extranjera trabajadora – inmigrante- se le reconozca el conjunto de derechos sociales y económicos vinculados al hecho del trabajo⁵⁴⁴, elemento clave para una efectiva integración y cohesión social – como ya se manifestó-.

Es en esta línea de pensamiento en la que un sector de la doctrina clásica⁵⁴⁵ ha hecho notar que el Derecho Constitucional tiene la función de organizar las instituciones de la democracia; y la democracia en las relaciones de trabajo no puede ser otra cosa que hacer de los derechos de los trabajadores –independientemente a su nacionalidad y condición- derechos análogos a los del ciudadano.

1.3.-LA COMUNICABILIDAD E INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS DERECHOS: REMISIÓN

Se ha manifestado en el primer capítulo que no se pueden observar ni comprender como estancos y separados a los derechos humanos: derechos civiles, políticos, sociales y de tercera generación o de solidaridad. Ni tampoco a sus valores inspiradores. Así, el hecho de que se admita la realidad jurídica de una diferenciación como regla entre las mencionadas categorías de derechos atendiendo a su contenido y técnicas de protección, no ha de derivar en la afirmación –ya sea formal y/o material- de su separación y, consecuentemente, en un tratamiento jurídico totalmente diferenciado. Muy al contrario, en pleno siglo XXI y por el desarrollo de la sociedad alcanzado, estas

⁵⁴⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en *Derechos y libertades de los extranjeros*, Tomo I, AA. VV., cit., p. 28.

⁵⁴⁵ LYON-CAEN, G., “Constitucionalización del Derecho del Trabajo”, en *Los trabajadores y la constitución*, AA. VV, Selsa, Madrid, 1980, pp. 31 y ss.

categorías de derechos tan sólo tienen una autonomía relativa, ya que desde la perspectiva de su funcionalidad social guardan una estrecha relación entre sí que hace difícilmente comprensible su existencia aislada. Además, técnicamente, como ya se apuntó y se reincide ahora, los derechos civiles y políticos conllevan principalmente, pero no únicamente, una garantía de libertad negativa; mientras que los derechos sociales implican, en términos de principio, una más intensa garantía positiva, sin olvidar que también incluyen componentes negativos: bien de carácter promocional de las libertades colectivas –paradigmáticamente, derecho de libertad sindical y derecho de huelga-, bien a la concesión de prestaciones por los poderes públicos, o bien a la participación en la formación de la voluntad decisoria en las instituciones públicas o privadas.

En clara consonancia con ello, tanto explícita como implícitamente, el modelo de Estado social implica la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad, la igualdad y la solidaridad –valores, asimismo, inspiradores de los derechos humanos fundamentales-. En este marco, la finalidad esencial de la incorporación de los derechos sociales en la Constitución es la de ampliar y potenciar la libertad real de las personas y de los grupos en los que se integran, aportando así un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos. De esta forma, los derechos sociales actúan como componentes o condición de la efectividad real de estos derechos estableciéndose así de un modo claro una complementariedad e interrelación funcional y de fines delimitando en conjunto su actuación y límites, así como su sentido y alcance. Paradigma de esta comunicabilidad jurídico-política entre los derechos humanos es la realidad jurídica de una confluencia cada vez más relevante en las técnicas de organización jurídica de estos tipos de derechos. Así, están presentes técnicas compartidas que tienen como consecuencia inmediata el que la garantía de los derechos civiles y políticos implique una acción positiva de los poderes públicos y una programación pública de las condiciones adecuadas para su ejercicio en confrontación con las exigencias de la totalidad de la formación social.

Teniendo en cuenta estos postulados, se ha de dejar constancia de que son derechos sociales fundamentales aquellos que sean derechos fundamentales en la Constitución, derechos subjetivos constitucionales y que posean un contenido social. Partiendo de ello, es posible la distinción entre ellos según sean derechos fundamentales de libertad que tienen una faceta prestacional o derechos fundamentales de

prestación⁵⁴⁶. A tal fin, es esencial y clave colocar al titular de los mismos en el marco del Estado social de Derecho que el mismo texto constitucional consagra como fórmula político-jurídica. Esto supone una propia garantía de los derechos por la pretensión general de salvaguardar los derechos y libertades de las personas y grupos sociales frente a los poderes públicos, elevando su protección a un ámbito de supralegalidad ordinaria.

Esta última intención es en aras de conferir a los derechos y libertades un rango supraestatal, como ya se ha analizado. Su razón de ser procede más de las garantías de los derechos que del propio estándar jurídico internacional de los mismos en cuanto textos separados de la Constitución. Es así porque la garantía de los derechos se presenta como un conjunto de reglas positivas y obligatorias con un valor vinculante que asegura la aplicación dinámica de derechos universalmente reconocidos e impuestos al legislador ordinario. Así es como forman parte de la Constitución y participan del mismo valor jurídico que ésta. Es decir, conforma la propia Constitución el contenido esencial de los derechos incluidos en la misma, cuyo respeto se impone con fuerza vinculante general mediante garantías institucionales incorporadas en el mismo texto constitucional.

2.- DERECHOS SOCIALES DE LIBERTAD

Se analizan a continuación un conjunto de derechos sociales de marcado contenido laboral de las personas extranjeras cuyo rasgo esencial no sólo radica en este último carácter, sino lo que es más importante, en el valor de la libertad que los fundamenta, define y configura. Éste, en el modelo vigente de Estado social de Derecho -concretado constitucionalmente, *ex* artículo 1.1- se ha de respetar en clara

⁵⁴⁶ GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, cit., pp. 147 y ss. Una distinción que también ha sido defendida desde las propias funciones que desempeñan todos y cada uno de los derechos fundamentales, BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., pp. 109-118. Sobre la teoría del sistema constitucional de clasificación de los derechos fundamentales, PÉREZ LUÑO, A., E., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., cit., pp. 160-168. Distinguiendo más concisamente entre derechos de libertad y derechos de justicia, ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., pp. 75-92.

comunicación e interdependencia con otros valores –la igualdad, la solidaridad, significativamente-, configurándose entonces como derechos mediante los que las personas humanas muestran su capacidad de obrar o no obrar en el seno de la sociedad.

2.1.-DERECHO DE REUNIÓN Y ASAMBLEA

El derecho de reunión, por su ubicación constitucional en el artículo 21 dentro de la sección primera –de los derechos y libertades fundamentales- del capítulo segundo, *stricto sensu* y técnicamente se configura y define como un derecho fundamental. La consecuencia directa es su implícito reconocimiento universal a todas las personas, al utilizar para ello abiertamente la expresión *se reconoce*⁵⁴⁷. Además, fija el único requisito de que sea pacífica y sin armas, así como la carencia de la necesidad de autorización previa.

Esta regulación constitucional se encuentra en clara consonancia y concordancia con el estándar mínimo internacional en materia de derechos humanos fundamentales: en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece en el artículo 20.1 que *toda la persona tiene el derecho de reunión y asociación pacíficas*; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 se dispone en su artículo 21 el reconocimiento del *derecho de reunión pacífica*, pudiendo estar su ejercicio sólo *sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás*; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, se establece en su artículo 11.1 que *toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluyendo el derecho de fundar, con otras, sindicatos y afiliarse a los mismos en defensa de sus intereses*, y en el mismo artículo pero en su apartado segundo, en el que se fija que *el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que,*

⁵⁴⁷ Monográficamente, RUIZ PIÑEIRO, F. L. y SAIZ FERNÁNDEZ, R., *El derecho de reunión y manifestación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, *passim*.

previstas en la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática...; y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 12, se establece que *toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica.*

Sin embargo, la adecuada regulación constitucional en consonancia con el estándar internacional en relación a su naturaleza y configuración como derecho humano fundamental no ha sido tomada en cuenta de un modo claro y decidido por el legislador ordinario para los extranjeros⁵⁴⁸ hasta finales de la primera década del siglo XXI. Hasta esta fecha ha sufrido más retrocesos que avances.

En un primer momento, en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en su artículo séptimo implícitamente se entendía que eran titulares del mismo, pero su ejercicio quedaba explícitamente supeditado y condicionado por el permiso de residencia: si el extranjero tenía el mismo y, por tanto, residía legalmente, podía ejercer este derecho. Pero este condicionamiento para su ejercicio no quedó aquí, puesto que adicionalmente y para el caso de las reuniones públicas debían solicitar al órgano competente su autorización, el cual podía prohibirla si era *lesiva para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud, la moral públicas, o los derechos y libertades de los españoles.* Por tanto, una regulación harto restrictiva en clara consonancia con el espíritu controlador y policial de este texto legal. La misma fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, resuelto por la STC 115/1987: se declaró inconstitucional el inciso relativo a la solicitud de autorización y no así el requisito del permiso de residencia. El Tribunal descartó la delimitación de su titularidad y ejercicio atendiendo a su posible inclusión en cualquiera de las tres categorías de derechos establecidas jurisprudencialmente en la STC 107/1984 –en base a los criterios y contenidos ya analizados-. Optó, en cambio, por establecer el contenido esencial del derecho desde su propia finalidad y de sus posibilidades legítimas de limitación en función de las finalidades inherentes a la actuación limitadora –en este caso el propio espíritu de la legislación y de la política resultante reguladora de la extranjería e inmigración-. Desde esta óptica y tomando como referencia el sentido y alcance del artículo 21 de la Constitución, consideró que la exigencia de la propia

⁵⁴⁸ *Vid.*, al respecto, GÓMEZ ÁLVAREZ, T., “Los derechos fundamentales de los inmigrantes extranjeros, a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por España. Especial referencia a los derechos de reunión, asociación y afiliación”, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, AA. VV., cit., pp. 215-226.

autorización para la celebración de la reunión desnaturalizaba al propio derecho. De esta forma, la Sentencia resolvió sobre si el legislador respetaba el contenido preceptivo e imperativo del derecho de reunión regulado constitucionalmente, pero no sobre la diferencia de trato en el ejercicio de un derecho humano fundamental entre una persona nacional y extranjera con fundamento precisamente en otra autorización administrativa –el permiso de residencia-⁵⁴⁹.

Bastantes años después, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, derogó a la citada Ley Orgánica 7/1985. La misma cambió la tendencia interpretativa y las posibilidades del ejercicio del derecho de reunión, suponiendo un avance la nueva regulación de éste en un marco general legal progresista y social tendente y favorecedor de la integración e igualdad social por medio del reconocimiento en titularidad y ejercicio de los derechos. A tal fin, dejando a un lado la doctrina jurisprudencial de las SSTC 107/1984 y 115/1987, se partió de las implicaciones directas derivadas de la introducción de un nuevo artículo tercero por el que –como ya se ha apuntado- se impone una igualdad de trato jurídica respecto al nacional en derechos reconocidos constitucionalmente, la vigencia universal de los derechos fundamentales y la cláusula interpretativa conforme al estándar internacional de los derechos humanos. En consonancia con ello, se estableció que los extranjeros que se encontrasen en España podían ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa, el derecho de reunión recogido constitucionalmente y de conformidad con las normas que lo regulasen. Se reconoció universalmente la titularidad y ejercicio del derecho fundamental de reunión, sin distinción sobre la base de la nacionalidad ni de la situación administrativa de la persona.

Sin embargo, este avance estuvo vigente muy poco tiempo. La reforma operada en la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, del mismo año, supuso un retroceso en la regulación y configuración legal de este derecho para los extranjeros. De nuevo se volvió al espíritu marcadamente restrictivo de la Ley Orgánica 7/1985 en materia de derechos, pero en este caso concreto atendiendo sólo y exclusivamente a la diferencia de trato en el ejercicio del derecho de reunión: el

⁵⁴⁹ GARCÍA NINET, J. I., “Derecho de reunión”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., pp. 189-190.

reformado artículo séptimo estableció que sólo lo podían ejercer conforme a las leyes que lo regulaban para los españoles aquellos extranjeros que obtuviesen la autorización de estancia o residencia en España⁵⁵⁰. No se consideró en esta configuración legal ni el reconocimiento constitucional del derecho, ni el estándar internacional regulador del mismo, ni las implicaciones derivadas del artículo tercero de la propia Ley Orgánica 4/2000. Sí se tuvo presente la doctrina jurisprudencial de la STC 107/1984 al considerarlo un derecho de configuración legal. Ahora bien, esta configuración legal realizada obvió y sobrepasó el límite del propio contenido esencial del derecho.

Como resultado de la incoherencia y deficiencia técnico-jurídica, se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra este precepto y otros que regularon con la misma técnica y en igual sentido los derechos fundamentales de los extranjeros. El mismo fue resuelto bastantes años después por medio de la STC 236/2007, que declaró dicha regulación jurídico-legal como inconstitucional. Se argumentó jurisprudencialmente que era el propio texto legal el que establecía una distinción entre personas españolas y extranjeras en situación administrativa irregular totalmente contraria a la regulación establecida por la Constitución. En este sentido, se consideró el derecho de reunión un derecho derivado de la propia dignidad humana y en conexión con la misma, con lo que el legislador no podía establecer diferencias entre españoles y extranjeros que no se encontrasen legalmente en España. Por tanto, no es que se condicionase el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que no poseían el permiso de residencia, sino que se impedía radicalmente cualquier ejercicio del mismo a las personas que se hallasen en España en situación administrativa irregular.

Tras un corto período de tiempo y con estos avances y retrocesos se llegó a la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009. La motivación técnico-jurídica de ésta última de introducir la doctrina social en el reconocimiento de derechos –en titularidad y ejercicio- del Tribunal Constitucional⁵⁵¹ en el texto legal supuso la correcta adecuación al derecho internacional en la regulación

⁵⁵⁰ *Vid.*, en este sentido, el comentario realizado a este artículo de la Ley Orgánica 8/2000 por PÉREZ SOLA, N., “Libertades de reunión y manifestación”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 170-175; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, cit., pp. 88-93

⁵⁵¹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., pp. 60-68.

de este derecho. En clara consonancia, de un modo abierto, el artículo 7.1 reconoce el derecho de reunión a los extranjeros *en las mismas condiciones que a los españoles*. Materialmente se ha de entender implícita la universalidad del reconocimiento legal realizado⁵⁵², pero desde el formalismo jurídico y la teoría de los derechos humanos fundamentales, el enunciado y contenido de este artículo es técnicamente deficiente: los españoles no tienen por qué ser las personas –concretas- que conformen el canon y la medida sobre los que articular la atribución de derechos humanos y, más concretamente, del que se analiza.

En cualquier caso y pese a esta deficiencia técnico-jurídica, de su reconocimiento en términos de universalidad sí deriva la configuración de este derecho para los extranjeros como consustancial a la ciudadanía en su triple dimensión: política, civil y social. Es así porque no sólo con la titularidad del mismo, sino también con su ejercicio, estas personas extranjeras tienen la posibilidad de reunirse y expresarse abiertamente en la comunidad en la que se hallan, haciendo más factible y mostrando su inclusión y sociabilidad partiendo de su libre desarrollo personal en el marco de una sociedad democrática y de un Estado de Derecho que los reconoce en cuanto sujeto titular de un derecho humano fundamental como el de reunión⁵⁵³.

Ahora bien, teniendo presente la inmigración extranjera económico-laboral mencionada, no se ha de obviar que, particularmente, el derecho de reunión es un derecho laboral también de toda persona en su condición de trabajadora. Es por ello por lo que, para la dimensión laboral del mismo, se ha de acudir al artículo 4.1 f) del Estatuto de los Trabajadores. En él se presenta el derecho de reunión como un derecho laboral básico que posee todo trabajador en cuanto derecho de acción colectiva directa

⁵⁵² *Vid.*, al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., pp. 253-259. *A sensu contrario*, partiendo de la carencia de necesidad de la absoluta equiparación en la titularidad y ejercicio de este derecho, se ha manifestado que esta regulación universal ha superado la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 236/2007, porque ésta última admitía la posibilidad de modular este derecho imponiendo condicionamientos adicionales a las personas extranjeras en situación administrativa irregular, JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 215.

⁵⁵³ Se defiende por un sector de la doctrina que el valor o bien jurídico protegido por el derecho de reunión está más próximo de la libre circulación de ideas, como necesidad inherente a toda sociedad democrática, que de la genérica sociabilidad humana, DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., p. 389.

en la empresa o centro de trabajo⁵⁵⁴. En base a ello y al encontrar este derecho de reunión incluido en contextos de ciudadanía diferentes pero conexos –la política, social y civil de un lado y la sociolaboral de otro-, se puede aplicar con la matización debida el derecho de reunión constitucionalmente establecido al derecho laboral legalmente reconocido, actuando el criterio locativo de la celebración de la reunión como elemento diferenciador –la empresa o centro de trabajo-.

En este sentido, este derecho aparece regulado de forma específica en su dimensión y perspectiva laboral en la misma Ley del Estatuto de los Trabajadores, en los artículos 77 a 81, ocupando todos ellos un capítulo bajo la rúbrica concreta *del derecho de reunión*. En él se establece pormenorizadamente el derecho de reunión en la empresa y/o centro de trabajo a través de la asamblea, así como los distintos aspectos que lo conforman: las propias asambleas de trabajadores, el lugar de reunión, la convocatoria, las votaciones y los locales y tablón de anuncios.

Teniendo como referencia que este derecho, al igual que sucede con otros integrantes del idéntico apartado del artículo cuarto del Estatuto de los Trabajadores, presenta una titularidad individual pero un ejercicio colectivo -en la medida en que la reunión de trabajadores se estructura como un mecanismo de actuación del conjunto de ellos-, no existe *stricto sensu* referencia alguna al mismo en su dimensión jurídico-laboral en la vigente Ley Orgánica 4/2000. Por tanto, para comprender el régimen de la titularidad y ejercicio de este derecho por parte de las personas extranjeras inmigrantes que tienen la condición de trabajadoras, se ha de acudir, necesariamente, a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores. Es así porque la nacionalidad no aparece como condicionante en la propia regulación y configuración jurídico-legal ni, por supuesto, los trabajadores extranjeros tienen mención expresa alguna⁵⁵⁵.

Asimismo, también se ha de tener presente que mediante el artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, este derecho se extiende, tanto en titularidad como en ejercicio y al margen de su actual reconocimiento universal, a los trabajadores

⁵⁵⁴ MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 4. Derechos Laborales”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), Comares, Granada, 2012, pp. 122-123.

⁵⁵⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J., “Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares”, *Revista Aranzadi Social*, nº 7-8, 2004, p. 51.

extranjeros en situación administrativa irregular. De esta forma, al declararse la validez del contrato de trabajo de éstas personas, existe relación contractual y, en el seno de ésta, aparece como un derecho básico fundamental social de todo trabajador el derecho de reunión⁵⁵⁶. Es decir, éste queda configurado como un derecho general de los trabajadores del centro de trabajo o empresa por el mero hecho de serlo, por su propia condición, sin que se admita discriminación alguna o sectorialización, a excepción del problema funcional del trabajo a turnos que exige fraccionar la reunión. En este contexto y acorde con la reforma legal introducida, independientemente de cuál sea su situación administrativa, en el ejercicio de este derecho debe de existir una igualdad de condiciones de ejercicio de los trabajadores extranjeros con los trabajadores nacionales en toda la extensión que presenta este derecho de reunión⁵⁵⁷. Pero no ya sólo por ser un derecho social laboral de carácter básico, sino porque éste se ejercita como fruto de la propia relación laboral y por la condición de trabajador. Como resultado, éste incluye la convocatoria de la asamblea, la participación en la misma y en las votaciones y todos aquellos colindantes y relacionados primordialmente, como es el supuesto de los acuerdos susceptibles a los que se pudiese llegar⁵⁵⁸.

En clara conexión, tomando como perspectiva el hecho de que los intereses de los trabajadores -sin distinción entre nacionales o extranjeros ni entre éstos atendiendo a su condición administrativa-, están tutelados también por los órganos de representación unitaria, es posible distinguir una especialidad del derecho de reunión en la empresa: el derecho de reunión sindical en la empresa, en cuanto actividad sindical en ésta y como parte integrante del derecho a la participación en la empresa.

La titularidad de este específico derecho es de los trabajadores afiliados a un sindicato en su faceta individual, según establece el artículo 8.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical⁵⁵⁹, pero el ejercicio es colectivo, con lo que al ser parte de la libre

⁵⁵⁶ DURÉNDEZ SÁEZ, I., “Aproximación al régimen jurídico de los extranjeros en España”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 120, 2003, p. 831.

⁵⁵⁷ FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., p. 130.

⁵⁵⁸ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena”, en *El Nuevo Derecho de Extranjería*, AA. VV., RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.), cit., pp. 87-88.

⁵⁵⁹ Artículo 8.1 b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. “*Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo: [...] b) Celebrar reuniones, previa notificación*”

sindicación no se exige tampoco autorización administrativa alguna y el trabajador extranjero inmigrante, más allá de su condición administrativa, podrá formar parte activa de las mismas. Pero lo que realmente interesa destacar y poner de relieve es la finalidad última que posee este tipo de reuniones. Con ellas, lo que se pretende es la realización de actividades propias no sólo de un concreto sindicato, sino del conjunto y global de los trabajadores. Es por ello por lo que es totalmente lógico y razonable que se admita que a esas reuniones puedan asistir todos los trabajadores –nacionales y extranjeros, estén en situación administrativa regular o irregular- siempre y cuando en ellas se vaya a tratar asuntos de interés común referidos a la propia empresa y a sus trabajadores⁵⁶⁰.

Así, tanto derecho de reunión en la empresa como derecho de reunión sindical en la empresa presentan un carácter social y fundamental indispensable, no pudiéndose restringir para ninguna persona, ya que se manifiesta en su ejercicio la igualdad de todos para reunirse como miembros idénticos con la pretensión de tratar y solucionar temas que les conciernen por igual, haciéndose valer, en cuanto derecho laboral y de los trabajadores frente al empleador y en cuanto derecho humano fundamental frente y para con el resto de miembros de la sociedad. Es aquí donde adquieren su máxima dimensión como derechos sociales fundamentales de todas las personas, a la vez que se presentan como un derecho–libertad clave en el seno de la ciudadanía social, no ya sólo como medio para poder alcanzarla, sino como derecho fundamental de expresión en condiciones equitativas de todos sus integrantes, en tanto que instrumento para la difusión de ideas y reivindicaciones por parte de grupos sociales que frecuentemente no disponen de otros medios para expresarse.

Por tanto, el derecho de reunión, tiene una triple condición justificada y asentada en sus propios caracteres formales: ser un derecho laboral básico, ser social y ser fundamental -derivado del mismo en su sentido político-. La misma, en clara consonancia con los demás derechos, es la que ha justificado técnicamente la regulación

al empresario, recaudar cuotas y distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa". Vid., un comentario del mismo, por ROQUETA BUJ, R., "Artículo 8", en Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia, AA. VV., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), THIBAUT ARANDA, J. (coord.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 470 y ss.

⁵⁶⁰ DURÉNDEZ SÁEZ, I., "Aproximación al régimen jurídico de los extranjeros en España", cit., p. 831.

universal de este derecho en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, pues no tenía sentido alguno su limitación sólo a aquellos trabajadores extranjeros que poseían el permiso de residencia. Hasta este momento, se iba contra el propio sentido en sí mismo de este derecho, ya que está unido y estrechamente ligado a la dignidad humana, al ser un derecho de toda persona trabajadora y, por ello, no se le puede limitar por la posesión o carencia de una simple autorización administrativa. A *sensu contrario*, sí se ha de predicar en titularidad y ejercicio de todos los trabajadores, por su propia condición y por ser un elemento indispensable del estatus jurídico, social y laboral que ha de presentar todo trabajador y, sobre todo y con gran relevancia, todo trabajador extranjero, se encuentre en situación administrativa regular o irregular.

De esta manera se pone de manifiesto relevantemente la cultura práctica de los derechos fundamentales⁵⁶¹, por la que la posesión o carencia de autorizaciones administrativas carece de valor jurídico-político. Y es que la presencia real de extranjeros inmigrantes reunidos carentes de autorizaciones no permite a la autoridad gubernativa suspender o disolver la reunión, ni sus organizadores y o representantes asumen responsabilidad alguna por tal presencia.

2.2.- DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho de asociación, por su ubicación constitucional en el artículo 22 dentro de la sección primera –de los derechos y libertades fundamentales- del capítulo segundo, *stricto sensu* y técnicamente se configura y define como un derecho fundamental. La consecuencia directa –derivada de su apartado primero- es su implícito reconocimiento universal a todas las personas, al utilizar para ello abiertamente la expresión *se reconoce*. Esta interpretación ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/1987, al establecer que este artículo constitucional reconoce directamente a todos, incluidos los extranjeros, el derecho de asociación. Por su parte, desde el apartado segundo al quinto del mismo artículo se concreta su

⁵⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada”, cit., p. 116.

delimitación, forma y garantía de su libre ejercicio, careciendo, como resultado, de una definición acabada del mismo y de sus elementos esenciales⁵⁶². En este sentido, se ha de resaltar que únicamente no encuentran amparo bajo esta tutela constitucional las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delictivos al declararse su ilegalidad, mientras que están prohibidas las asociaciones secretas y paramilitares.

Esta regulación jurídico-constitucional se encuentra en clara consonancia y concordancia con el estándar mínimo internacional en materia de derechos humanos fundamentales: en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 20.1, se establece que *toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas*; en el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se fija que *toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus derechos*; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, proclama en su artículo 11.1 que *toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos en defensa de sus intereses*; y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 12, se reconoce el que *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*.

Muy en relación con la regulación del marco internacional y constitucional, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, reconoce en su artículo 2.1 el derecho de *todas la personas a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos*, matizándose en el apartado segundo del mismo que *comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones sin necesidad de autorización previa*. Además, según el apartado tercero, *nadie puede ser obligado a constituir una asociación, ni a integrarse en ella o permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida*.

⁵⁶² LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., “Derecho de asociación”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 733 y ss.; CANO GALÁN, Y., “Derecho de asociación”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), cit., pp. 484-487.

Sin embargo, la adecuada regulación constitucional y legal en relación con el estándar internacional en base a su naturaleza y configuración, sentido y alcance como derecho humano fundamental, al igual que se analizó con el derecho de reunión, no ha sido tomada en cuenta de un modo claro y decidido por el legislador ordinario para los extranjeros en las leyes reguladoras de los mismos hasta finales de la primera década del siglo XXI⁵⁶³. Como ya se ha apuntado para el caso del derecho de reunión, la regulación jurídico-legal en materia de extranjería e inmigración del derecho de asociación hasta esta última fecha ha sufrido más retrocesos que avances⁵⁶⁴.

Ya en la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, siguiendo su espíritu restrictivo, se reconoció el derecho de asociación para éstos, pero sólo en el caso en que se hallasen legalmente. Además, establecía que el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podía acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas en su mayor parte por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atentasen gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles. Pese a ser un derecho humano fundamental, siguiendo la doctrina jurisprudencial establecida por la STC 107/1984, se consideraba un derecho de configuración legal, con lo que el legislador no sólo limitaba su ejercicio condicionándolo a la obtención del permiso de residencia, sino también, en determinados supuestos como los apuntados, estaba latente la posibilidad de suspender la actividad de la máxima expresión del ejercicio de este derecho –la vida ordinaria y activa de la propia asociación y de las personas que la componen-. Se sobrepasaron los límites de configuración legal, pues esta regulación fracturaba y rompía al propio derecho, vulnerando su propio contenido esencial.

Al igual que sucedió con el derecho de reunión, este artículo fue declarado inconstitucional por la STC 115/1987 atendiendo tanto a la universalidad intrínseca al

⁵⁶³ *Vid.*, al respecto, GÓMEZ ÁLVAREZ, T., “Los derechos fundamentales de los inmigrantes extranjeros, a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por España. Especial referencia a los derechos de reunión, asociación y afiliación”, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España, Tomo I*, AA. VV., cit., pp. 215-226.

⁵⁶⁴ Sobre los mismos, RUBIO DE MEDINA, M^a D., “Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros”, *Revista Temas Laborales*, núm. 105, 2010, pp. 164-170.

artículo 22.1 de la Constitución, como al planteamiento de negar las facultades de intervención administrativa en las asociaciones en cuyo seno se encontrasen extranjeros. Es así porque la reserva en exclusiva a los jueces de cualquier decisión que influya en el libre desenvolvimiento de la vida interna de las asociaciones –artículo 22.4 de la Constitución- es parte del contenido esencial del derecho, independientemente a la nacionalidad de las personas que lo ejerzan. Por tanto, se declaró inconstitucional este derecho atendiendo más a la garantía particularizada en el citado apartado del artículo constitucional reconociendo una garantía del derecho de asociación no prevista en esos términos en los Tratados Internacionales ratificados por España⁵⁶⁵, que sobre la diferencia de trato en el ejercicio de un derecho humano fundamental entre una persona nacional y extranjera con fundamento en otra autorización administrativa –permiso de residencia-.

Por su parte y transcurridos casi década y media, en la versión inicial de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que derogó a la anterior, se avanzó en la regulación legal correcta de este derecho en relación a la Constitución, al estándar internacional y al propio desarrollo del derecho en su Ley Orgánica específica. Pero sólo de un modo parcial, porque se reconocía la titularidad y ejercicio del mismo de un modo universal –más allá de la nacionalidad y de la situación administrativa del extranjero-, mientras que exclusivamente podían ser promotores los residentes. Es decir, se vetaba el ejercicio de un contenido relevante del derecho de asociación –como es la promoción de la formación de una asociación- a aquellas personas extranjeras que careciesen del permiso de residencia.

Esta regulación, sin duda deficiente, se vio modificada de un modo inmediato a los pocos meses, no habiéndose podido analizar técnicamente su auténtico significado ni su impacto en la realidad. Y es que la Ley Orgánica 8/2000 que reformó a la anterior implicó claramente un retroceso en el parcial avance sufrido en la regulación de este derecho. El mismo se enmarcó en la vuelta a la tendencia restrictiva de derechos para los extranjeros propia de la Ley Orgánica 7/1985. El artículo 8 se reformó atribuyendo

⁵⁶⁵ Incidiendo en este matiz, RUANO ALBERTOS, S., “Derecho de asociación”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., pp. 208-209.

la titularidad del derecho de asociación a todos los extranjeros pero limitando su ejercicio tan sólo a aquellos que obtuviesen la autorización de estancia o residencia en España⁵⁶⁶. El legislador consideró a este derecho como de configuración legal, pero claramente sobrepasando los límites correspondientes no sólo ya de su contenido esencial, sino de su propio sentido y alcance, pues el ser titular de este derecho a la persona extranjera inmigrante en situación administrativa de estancia irregular en España no le vale para nada si no lo puede ejercer.

Esta regulación jurídico-legal presentó dudas de inconstitucionalidad. Al igual que otros preceptos del mismo texto legal reconocedores de derechos con esta misma fractura entre titularidad y ejercicio, el artículo 8 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad. El mismo se resolvió bastantes años después en la STC 236/2007, por la que se declaró su inconstitucionalidad. En este pronunciamiento jurisprudencial clave se argumentó que no era admisible constitucionalmente la negación del ejercicio de este derecho a las personas extranjeras que careciesen de autorización de residencia. Para ello, se arguyó que el derecho de asociación está conectado con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, al proteger el valor de la sociabilidad en cuanto dimensión esencial de la persona y como elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Asimismo, expresó que es este motivo el que da sentido y justifica su proyección universal reconocida tanto internacional como constitucionalmente⁵⁶⁷.

En esta situación y con esta doctrina jurisprudencial en relación a este derecho se llegó a la última reforma operada en la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009. Y es que, precisamente, uno de los motivos técnico-jurídicos de su

⁵⁶⁶ Un análisis del mismo, PÉREZ SOLA, N., “Libertades de reunión y manifestación”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 178-181; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, cit., pp. 93-95.

⁵⁶⁷ *Vid.*, al respecto, RUANO ALBERTOS, S., “Derecho de asociación”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., p. 213; MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., pp. 253-259.

reforma era la adecuada regulación jurídico-legal de los derechos de los extranjeros atendiendo a la doctrina establecida en la citada sentencia por el Tribunal Constitucional. En clara consonancia con ella, se avanzó en el reconocimiento unitario y universal de titularidad y ejercicio del mismo mediante una fórmula general, abierta y sin referencia a la residencia legal, pues claramente se estableció que *todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles*. Pese a este avance y correcta regulación en concordancia con el estándar constitucional e internacional, se manifiesta de nuevo, al igual que con el derecho de reunión, una deficiente técnica jurídica, pues los españoles no son el parámetro ni la medida en base al que atribuir derechos humanos fundamentales de la persona, más concretamente el que se analiza.

De esta manera, las personas extranjeras tienen derecho a unirse –asociarse- libremente junto a y con otras personas –nacionales o extranjeras independientemente a su situación administrativa- para conseguir los fines –colectivos o de grupo- que estimen oportunos acordando los medios necesarios para ello –estando excluidos los prohibidos constitucionalmente-, a la vez que la organización propia e inherente resultado de la misma tiene libertad de acción⁵⁶⁸. Se refuerza así y se manifiesta más claramente la conexión de este derecho con la propia dignidad humana: al constituir expresión de la sociabilidad de la persona es evidente la funcionalidad del mismo al servicio de la libertad personal, de un lado, encauzando el pluralismo político, social y cultural de la sociedad actual y, de otro lado, organizando a las personas para que proyecten, manifiesten y hagan visibles sus fines perseguidos –comuniquen y participen públicamente-⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ Se manifiesta en este sentido la doble dimensión del derecho, individual y colectiva, así como la libertad individual de formar las mismas y la libertad de acción de ellas, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., “Derecho de asociación”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 734. *A sensu contrario*, se defiende que el reconocimiento universal del derecho de asociación tanto en titularidad como en ejercicio, es más formal que material, pues el caso concreto de la persona extranjera en situación administrativa irregular no consigue despojarse de su condición de extranjero ni de la desigualdad en la capacidad de reivindicación derivada de su propia condición, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “Constitución del trabajo e inmigración irregular: una articulación necesaria para el reconocimiento de los derechos humanos”, cit., pp. 69-72.

⁵⁶⁹ GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., pp. 286-287. JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 222. Además, desde esta perspectiva, se defiende que el valor o bien jurídico protegido por este derecho radica en la sociabilidad y cooperación humanas,

Con esta vigente y nueva regulación jurídico-legal no sólo adquiere plena significación el derecho de asociación para las personas extranjeras, sino que también incrementa su sentido y alcance el propio artículo 69 de la reformada Ley Orgánica 4/2000, al establecer que *los poderes públicos impulsarán el movimiento asociativo entre los inmigrantes*. Este artículo, expresamente, manifiesta la importancia que pueden y deben tener las asociaciones de personas extranjeras inmigrantes para la defensa de sus intereses específicos⁵⁷⁰, como medida de participación en la sociedad en la que se encuentran y como muestra significativa de su integración. Sin duda alguna, esta función promocional reconocida legalmente –y, a su vez, enmarcada y característica del propio Estado social– manifiesta la labor del asociacionismo para reequilibrar la posición de debilidad y de posible desigualdad⁵⁷¹ del colectivo extranjero inmigrante en la representación de los intereses generales en la propia democracia social contemporánea⁵⁷².

Más particularizadamente, relacionando los artículos 8 y 69 de la Ley, en el caso de la inmigración extranjera económico-laboral, el derecho de asociación y las asociaciones mismas es posible que tengan mayor relevancia aún, pues estas personas

DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^o ed., cit., p. 363. En clara consonancia con ello y con los fines concretos perseguidos por la asociación que se trate, se afirma que el verdadero valor de la misma radica en el valor que todos y cada uno de sus miembros atribuyen a un objeto considerado como un bien condicionado por la asociación, TÖNNIES, F., *Comunidad y asociación. El comunismo y el socialismo como formas de vida social*, con estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., “La interpretación de la Modernidad en Tönnies: comunidad y sociedad-asociación en el desarrollo histórico”, cit., pp. 35-37.

⁵⁷⁰ Incidiendo en esta perspectiva, RAMOS QUINTANA, M. I., “Artículo 69. Apoyo al movimiento asociativo de los inmigrantes”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., p. 960.

⁵⁷¹ Se manifiesta, al respecto, que el derecho de asociación permite limitar en cierta medida las desigualdades, GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 286.

⁵⁷² LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., “Derecho de asociación”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 734-735. Destacando la participación asociativa como técnica de colaboración con los poderes públicos para el desarrollo del Estado social, CALVO ORTEGA, R., *Estado social y participación asociativa*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2009, pp. 153-178. Doctrinalmente se ha entendido que el fenómeno sindical queda delimitado a la defensa y promoción de los intereses laborales representados, a diferencia del derecho de asociación profesional, que es posible que agrupe a personas de la misma categoría o profesión para la representación de intereses laborales junto a la persecución de otros objetivos –científicos, culturales, etc.–, MARTÍN VALVERDE, A. y MARTÍNEZ MORENO, C., “Artículo 2”, en *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, AA. VV., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), THIBAUT ARANDA, J. (coord.), cit., pp. 78-79.

extranjeras inmigrantes pueden constituir y formar parte de asociaciones que aglutinen a trabajadores extranjeros de una determinada nacionalidad o de una concreta condición, ya que formalmente la constitución de una asociación no tiene los límites subjetivos propios del sindicato de trabajadores. En relación a éste último y tratando de justificar esta posibilidad real y material –optar por la asociación antes que por el sindicato como auténtica y genuina entidad para la defensa de los intereses de los trabajadores extranjeros-, a su favor juega el hecho de que las propias organizaciones sindicales, en su defensa general de todos los trabajadores, no estén respondiendo satisfactoriamente a las necesidades particulares del colectivo extranjero inmigrante y que, por ende, éstos acudan a la asociación entendida y comprendida como organización propia integrada exclusiva o mayoritariamente por ellos mismos que lucha específicamente por sus intereses, exigencias y necesidades concretas⁵⁷³. Ahora bien, quizás su ámbito de expansión y de ser tenidas en cuenta se reduce formalmente en la defensa de sus intereses y participación sociales, pues el sindicato formalmente es considerado una institución básica del Estado –*ex* artículo 7 de la Constitución-⁵⁷⁴.

2.3.- LIBERTAD DE SINDICACIÓN

El derecho a la libertad de sindicación, por su ubicación constitucional en el artículo 28.1 dentro de la sección primera –de los derechos y libertades fundamentales- del capítulo segundo, *stricto sensu* y técnicamente se configura y define como un derecho fundamental. Más concretamente, un derecho social fundamental por antonomasia. En virtud de ello, destaca tanto por ser un derecho directamente aplicable, como por ser un derecho inherente a la persona y a su dignidad. En clara consonancia, se encuentra reconocida su titularidad, su ejercicio y su contenido en el mismo texto constitucional de una forma universal, con la excepción manifiesta y expresa de *las*

⁵⁷³ RAMOS QUINTANA, M. I., “Artículo 69. Apoyo al movimiento asociativo de los inmigrantes”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 967-969.

⁵⁷⁴ *Vid.*, al respecto, MORENO VIDA, M^a N., “Persona, conflicto social y pluralismo: grupos organizados y mediación de los conflictos”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 124-129.

*Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y con peculiaridades para el supuesto de los funcionarios públicos*⁵⁷⁵.

A nivel internacional, en los grandes Tratados y Declaraciones, también se produce el tratamiento de este derecho. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23.4 reconoce el derecho que toda persona tiene para *fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses*. En el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en su artículo 11.1, se establece que *toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses*. En el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 8.1 a), se garantiza *el derecho a toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses*. En el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 22.1, queda establecido que *toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses*. En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 12, se fija que *toda persona tiene derecho [...] 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*. O, en la misma Carta Social Europea, en la que en su artículo 5 se establece el compromiso de las partes contratantes a elaborar una legislación nacional que no menoscabe la libertad sindical.

De la totalidad de esta regulación se desprende que el conjunto de normas internacionales reconocen -en concordancia con su naturaleza y configuración como derecho humano fundamental- de un modo universal el derecho a la libre sindicación a toda persona. Se constata así el canon constitucional de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas conforme a los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España. Ahora bien, no establecen la forma en la que todos y cada uno de los Estados firmantes deben de hacer efectivo ese reconocimiento. Es decir, se

⁵⁷⁵ Un análisis de este precepto, OJEDA AVILÉS, A., “La libertad sindical”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1035 y ss.

reconoce la titularidad, pero no el contenido de su ejercicio. Sobre este último no hay mención específica y concreta al respecto a excepción de la realizada en el artículo 22 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, en ellos, lo que sí se encuentra es la referencia a la posibilidad de imponer restricciones al ejercicio del derecho que establezca 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 derechos y libertades ajenos. En consecuencia, el reconocimiento, contenido y ejercicio de este derecho a nivel internacional no es absoluto, sino que éste último es adaptable. Atendiendo a este matiz y aplicándolo al caso de la inmigración extranjera, si se condiciona el derecho de libertad de sindicación por tales motivos para las personas extranjeras inmigrantes, implicaría explícitamente la percepción y consideración de la inmigración extranjera como un problema que afecta al orden democrático y a la propia seguridad de las sociedades de los Estados destino de estas personas. Esta perspectiva y concepción, sin duda alguna, no es la más adecuada, coherente y lógica en pleno siglo XXI para el condicionamiento del ejercicio de un derecho social fundamental de todas las personas.

Resultado también de esta universalidad en el reconocimiento internacional del derecho pero ya en el ámbito específico laboral es el Convenio N° 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, de 1950. En él, queda fijado en su artículo segundo que *los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas*. O, de la misma forma, pero incidiendo más aún en la protección de este derecho, el Convenio N° 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, en cuyo artículo primero queda establecido claramente que *los trabajadores, sin más condición, deberán gozar de una protección adecuada contra todo acto discriminatorio tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo*. Así pues, la OIT, por medio del reconocimiento de este derecho, trata de no recoger formalmente y, por ende, no originar materialmente, distinciones por razón de nacionalidad, teniendo siempre presente que el derecho a sindicarse y a participar en las actividades del sindicato es susceptible de ser considerado por los trabajadores –independientemente a su condición

y a los diferentes países⁵⁷⁶ - una prioridad en aras de la defensa, protección y promoción de sus intereses.

Por su parte, en el desarrollo jurídico-legal de este derecho a través de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, la vertiente subjetiva del derecho a la libertad de sindicación queda limitada parcialmente siguiendo así lo apuntado por la OIT en los convenios citados: en el artículo 1.1 de la misma se establece que tienen este derecho *todos los trabajadores* para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. Se regula, por tanto, como un derecho fundamental de toda persona en su condición de trabajadora en sentido amplio –es decir, tanto los sujetos de una relación laboral como los sujetos de una relación de carácter administrativa o estatutaria al servicio de las Administraciones Públicas⁵⁷⁷, *ex* artículo 1.2-. Esta formal exclusividad de las personas trabajadoras y, por tanto, exclusión para el resto de personas que no tengan esta condición, implica que jurídico-legalmente se configure este derecho no como inherente a la propia persona y sí como un derecho de libertad y de participación sujeto a la condición profesional⁵⁷⁸.

Esta concepción es puesta en duda y, en cierta medida, superada tomando como referencia la doctrina del Tribunal Constitucional. En su Sentencia 236/2007 altera ésta última configuración apuntada desde la concepción del derecho a la libertad de

⁵⁷⁶ Analizando esta situación, ilustrativa y monográficamente, AA. VV., *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 3-300.

⁵⁷⁷ En este sentido, significativa es la regulación de este derecho tanto en el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 4.1 b) en cuanto derecho laboral básico, como en el propio Estatuto Básico del Empleado Público en su artículo 15 a). Sobre los mismos, *vid.*, al respecto, MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 4. Derechos laborales”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), cit., p. 121. MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 15. Derechos individuales ejercidos colectivamente”, en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2008, pp. 227-228.

⁵⁷⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E., “Artículo 1”, en *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, AA. VV., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), THIBAUT ARANDA, J. (coord.), cit., p. 26. En estrecha relación, se afirma que el valor o bien jurídico protegido por la libertad sindical –considerado como especie dentro del género derecho de asociación- es la defensa colectiva de los derechos e intereses de los trabajadores, DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., pp. 519-520. Reafirmando este planteamiento, TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., “Libertad sindical”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), cit., p. 853.

sindicación como un derecho humano de toda persona en conexión con la propia dignidad humana y, por tanto, universal –en consonancia con la propia regulación constitucional e internacional-⁵⁷⁹. Para ello, insiste el Tribunal Constitucional en su argumentación en que es el contenido esencial del propio derecho el que vincula a todos los trabajadores en su caracterización material y no jurídico-formal, pues lo pueden ejercer las personas para llegar a poseer esta última condición jurídico-formal⁵⁸⁰.

Teniendo presente esta corrección sobre la universalidad del derecho en aras de su coherente interpretación en relación al marco constitucional e internacional⁵⁸¹, esta regulación manifiesta explícitamente que la Constitución es conformadora en sí misma del modelo de Derecho Social. Es así porque estructura y delimita los principios jurídicos y derechos laborales en ella reconocidos -como es el caso-, de tal forma que el ordenamiento laboral y su desarrollo depende de la modalidad de su reconocimiento constitucional. Ciertamente, en el sistema constitucional se define y da un valor y alcance jurídico-político determinado a los principios y derechos laborales normados: los derechos sociolaborales del trabajador profesional. Y es este carácter conformador

⁵⁷⁹ Sobre esta interpretación y con específica alusión a la STC 236/2007, GOERLICH PESET, J. M^a, “Artículo 28.1: La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Comentarios a la Constitución Española*, AA. VV., CASAS BAAMONDE, M^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., cit., p. 806. Defendiendo la tesis universalista de la titularidad del derecho, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El derecho de libertad sindical*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007, pp. 23-30.

⁵⁸⁰ Paradigmáticamente, las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa de irregularidad y trabajadoras, por tanto, de facto pueden afiliarse a un sindicato precisamente para defender sus intereses, entre los que puede estar la consecución de la regularidad administrativa y pasar a ser trabajadores desde una perspectiva jurídico-formal y de derecho, JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., pp. 226-227. Asimismo, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E., “Artículo 1”, en *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, AA. VV., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), THIBAUT ARANDA, J. (coord.), cit., p. 31.

⁵⁸¹ Mucho antes en el tiempo a este pronunciamiento jurisprudencial, partiendo del propio artículo 28.1 y relacionándolo con los artículos 13.1 y 10.2 de la Constitución, un sector de la doctrina entendía el derecho a la libertad sindical como un derecho de todas las personas –independientemente a su condición de trabajadoras- más allá de la nacionalidad y condición, RAMOS QUINTANA, M^a I., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 67. Sobre la regulación de este derecho a nivel internacional para el caso de los trabajadores extranjeros, *vid.*, SERRANO FALCÓN, C. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “La libertad sindical de los extranjeros en la perspectiva internacional y comunitaria”, en *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), cit., pp. 185-189. Asimismo, *Vid.*, al respecto, GÓMEZ ÁLVAREZ, T., “Los derechos fundamentales de los inmigrantes extranjeros, a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por España. Especial referencia a los derechos de reunión, asociación y afiliación”, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, AA. VV., cit., pp. 215-226.

de la Constitución el que supone que el desarrollo de los derechos sociales en la legislación estatal o en las normas colectivas no pueda apartarse de lo querido por la misma Constitución⁵⁸².

Partiendo de esta premisa, al igual que sucedía con los derechos fundamentales anteriormente analizados, el reconocimiento de la titularidad y ejercicio del derecho a la libre sindicación ha sufrido una sinuosa evolución -en forma de avances y retrocesos- a lo largo de las sucesivas leyes reguladoras de la extranjería e inmigración en España⁵⁸³. En un primer momento, en la originaria Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, debido al carácter policial y controlador de la inmigración extranjera que la inspiraba, en su artículo décimo se exigía el permiso de residencia para ser titular y ejercitar el derecho a la libertad sindical, pero sólo en la vertiente de afiliación a un sindicato español. Una regulación, por tanto, totalmente regresiva y desconfiguradora de la propia naturaleza constitucional del derecho, de su consideración como derecho humano fundamental y de su contenido esencial constitucional y legalmente reconocido. Implícitamente, las personas extranjeras inmigrantes, aunque estuviesen en situación administrativa de regularidad, no eran titulares ni podían ejercer: el derecho a fundar sindicatos, el derecho a elegir libremente los representantes sindicales y a ser elegido como tal, ni el propio derecho de actividad sindical. Sorprendentemente, no se planteó recurso de inconstitucionalidad en relación a esta regulación jurídico-legal que, a todas luces presentaba ese carácter.

Posteriormente, tras quince años, la regulación jurídico-legal de este derecho experimentó un gran avance con la posterior Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social. En ella, al contemplarse la inmigración extranjera como un fenómeno de carácter estructural y, por ende, pretender su integración social por medio de la atribución de derechos, se reconoció el derecho a la libertad sindical -reafirmando así su universalidad- a todos los extranjeros inmigrantes -independientemente a su situación y condición administrativa- y en todas

⁵⁸² MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre (I)”, cit., pp. 30-31.

⁵⁸³ Analizando la evolución concreta del derecho de libre sindicación en estas distintas leyes, *vid.*, MENDOZA NAVAS, N., “Evolución de los derechos sociales en las Leyes de Extranjería”, en *Estudios sobre Extranjería*, AA. VV., MENDOZA NAVAS, N. y SERRANO GARCÍA, J. M^a (Coord.), cit. pp. 65-90.

las vertientes constitucional y legalmente reconocidas que presenta. Por tanto, en correcta relación y consonancia con la regulación legal, constitucional e internacional del mismo.

Después de estas modificaciones sustanciales en la regulación del derecho de libertad sindical de los extranjeros, la reforma operada en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, por medio de la Ley Orgánica 8/2000, implicó –tan sólo unos meses después– un serio retroceso. Parcialmente, se volvió a la regulación realizada por la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España: en primer lugar, se atribuyó a todos los extranjeros la titularidad del derecho; pero, en segundo lugar, sólo lo podían ejercer aquellos que hubiesen obtenido la autorización de estancia o residencia en España⁵⁸⁴; y, en tercer lugar, para este ejercicio se mantuvo la totalidad de sus contenidos reconocidos legal y constitucionalmente⁵⁸⁵. De nuevo, la regulación jurídico-legal de este derecho para las personas extranjeras volvía a estar en contradicción con la propia Constitución y con el propio estándar mínimo internacional reconocedor del mismo: partiendo de su reconocimiento universal, no es posible condicionar el ejercicio de un derecho humano fundamental de carácter social de la persona a la posesión de una autorización administrativa acreditativa de la situación de estancia o residencia. Un derecho reconocido no es tal si no se puede ejercer: la libertad de sindicación no es tal si su ejercicio se encuentra coartado. En un derecho de libertad la negación del ejercicio en sí supone, desde un punto de vista estrictamente jurídico -y no sólo de la perspectiva de la cultura jurídico-práctica del derecho- la privación del derecho propiamente dicho.

⁵⁸⁴ Un sector de la doctrina concibió esta regulación como adecuada, sobre la base de que la no atribución de este derecho a las personas extranjeras en situación administrativa irregular, no suponía privarles del mismo, sino demorar su ejercicio al momento en el que esta persona se encontrase en situación administrativa regular, RIVERO LAMAS, J., “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 2013. Sobre la difícil distinción entre titularidad y ejercicio del derecho de libertad sindical de los extranjeros, FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., pp. 103-104. Partiendo de la misma y analizando este derecho en la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2000, MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A., “Comentario al Artículo 11. Libertad de sindicación y huelga”, en *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería e integración social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 219-229.

⁵⁸⁵ BAYLOS GRAU, A., “Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español”. *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006, pp. 20-25.

Contra esta regulación jurídico-legal, se planteó recurso de inconstitucionalidad. La tesis de inconstitucionalidad de la regulación de este derecho tuvo como punto de partida la vulneración de los artículos 13.1 y 28.1 de la Constitución, el quebrantamiento del reconocimiento del carácter absoluto de este derecho y la falta de interpretación del precepto conforme a los Tratados y Convenios ratificados por España. Por esta tesis se mantuvo que la restricción impuesta por medio de la autorización de estancia o residencia al ejercicio del derecho fundamental de libre sindicación excedía a las admitidas en las normas internacionales y, por tanto, no era razonable.

Se arguyó también que el absolutismo del reconocimiento constitucional de este derecho a todos implicaba también el reconocimiento igual a los extranjeros. El problema planteado fue el de si el artículo 13.1 de la Constitución habilitaba o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros. Sobre esta cuestión, la STC 115/1987 respondió que, si bien se reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales para los extranjeros, en todo caso se han de respetar las prescripciones constitucionales al no poderse estimar que el propio artículo 13.1 sea el que permita al legislador la configuración libre del contenido mismo del derecho. Como ya se analizó, ello comporta que, primeramente, se tenga que atender a los tratados, toda vez que el artículo 10.2 establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, textos que quedan incorporados a nuestro ordenamiento interno según el artículo 96.1 de la Constitución. De esta manera, es el primero de estos artículos el que constituye el canon hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas⁵⁸⁶.

Asimismo, teniendo presente la dignidad humana y la clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros que realizada por la STC 107/1984, el derecho de libertad sindical, por ser inherente a la persona y a la dignidad humana, debería de haber sido incluido en el grupo de los derechos que se atribuían a todos los extranjeros

⁵⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A., “Comentario al Artículo 11. Libertad de sindicación y huelga”, en *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería e integración social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., p. 214.

independientemente de su condición administrativa. Sin embargo el Tribunal no lo hizo así y lo consideró incluido en el grupo de los derechos de configuración legal, teniendo que estar pues, a lo atinente en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social⁵⁸⁷. Por el contrario, se pudo encontrar en la clasificación tripartita una excepción a esta clasificación, ya que era posible el amparo en el carácter de lista abierta y no cerrada de los derechos incluidos en los distintos grupos en la sentencia. Fundamentándose en ello, se pudo abogar por la inclusión del derecho a la libre sindicación en el grupo de derechos pertenecientes a todos los extranjeros, porque su integración en tal grupo era la propia de un Estado social democrático de Derecho como el español. En este sentido, el derecho a la libre sindicación, en cuanto inherente a la persona, ha de ser ejercitado contra cualquier situación injusta que sea incompatible con la democracia y la igualdad. Con este fundamento, se presenta este derecho social fundamental como esencial para el goce efectivo y pleno disfrute de una ciudadanía social en condiciones de igualdad y, en consecuencia, resultaba, resulta y resultará imposible restringir un derecho de ciudadanía fundado en un elemento tan central como el trabajo a condiciones como la de nacionalidad o la de residencia autorizada⁵⁸⁸.

Desde estos planteamientos político-jurídicos, es factible de argüir que este derecho forma parte del núcleo duro de la garantía del respeto a la dignidad humana -y sin la cual esta no es reconocible como tal- reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución. En consonancia, el mismo necesariamente ha de integrarse en el criterio de reconocimiento uniforme para todas las personas -criterio del Tribunal Constitucional- y no sólo relativo a los derechos sociales. Es así porque es un derecho social fundamental de la persona, que adicionalmente puede presentar la condición de trabajador, que se debe de atribuir en cuanto tal y no como ciudadano de un país

⁵⁸⁷ Un sector de la doctrina mantiene que la libertad sindical no es un derecho inherente a la persona ni directamente conectado a la dignidad humana, con lo que defiende su configuración legal sobre la base de que la propia Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, distingue con razonable criterio de proporcionalidad según la persona extranjera inmigrante se encontrase en situación administrativa de regularidad o irregularidad. *Vid.*, al respecto, matizadamente, MONTROYA MELGAR, A., *El empleo ilegal de inmigrantes*, Civitas, Madrid, 2007, p. 161. En el mismo sentido se pronuncia KAHALE CARRILLO, D. T., “Notas a la libertad sindical y el derecho de huelga de los extranjeros en España”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 243, 2003, pp. 89-93.

⁵⁸⁸ BAYLOS GRAU, A., “Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español”, cit., pp. 14-16; IBÍDEM, *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 36-37.

concreto. Todo ello sin que se pueda establecer que una regulación infraconstitucional altere el contenido esencial de un derecho social fundamental y básico⁵⁸⁹.

Teniendo presentes estas argumentaciones técnico-jurídicas y de política del derecho, explícita e implícitamente, tras años de espera se resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la regulación jurídico-legal de este derecho por medio de la STC 236/2007. Esta sentencia, junto a todas aquellas que reiteran su doctrina, ha sido acorde con las distintas perspectivas que denunciaban la incoherente e ilógica regulación legal del mismo, con lo que declaró la inconstitucionalidad del artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000 por ser contrario al artículo 28.1 de la Constitución⁵⁹⁰. En este sentido y desde una técnica jurídica correcta, se declaró y consideró al derecho a la libertad de sindicación como un derecho humano fundamental de toda persona conectado con la dignidad humana y, como resultado, universal en su titularidad y ejercicio –en concordancia con el mandato constitucional e internacional-.

Partiendo de la premisa de que una motivación técnico-jurídica de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009, era la adecuada regulación jurídico-legal del conjunto de derechos fundamentales de los extranjeros conforme a la doctrina establecida en la STC 236/2007 –superando así la tradicional establecida en la STC 107/1984-, se estableció que *los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles* –ex artículo 11.1 del vigente texto legal-. Considerando al trabajador enunciado en este precepto en su caracterización material y no jurídico-formal⁵⁹¹, desde una perspectiva jurídico-legal y sistemática, se reconoce el

⁵⁸⁹ BALAGUER CALLEJÓN, F., “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 5, núm. 10, 2008, pp. 22-27.

⁵⁹⁰ *Vid.*, al respecto, RAMOS QUINTANA, M^a I., “Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida”, cit., pp. 65-70; GARCÍA NINET, J. I., “Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los <<sin papeles>>”, cit., pp. 5 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, de 2007 (I)”, cit., pp. 30-36; ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y Trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 69 y ss.

⁵⁹¹ Teniendo presente la doctrina jurisprudencial establecida por la STC 236/2007 sobre la titularidad de este derecho, se advierte de que de no considerarse así, el artículo quedaría vacío de contenido, JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de*

derecho a la libertad de sindicación, *stricto sensu*, en cuanto derecho humano fundamental de la persona⁵⁹², con la paradoja y deficiencia técnica de que el canon de medida del mismo lo establecen los españoles.

De esta forma, el derecho a la libertad de sindicación se configura como un derecho social de libertad conformado como un verdadero derecho fundamental de la persona. En éstos, las limitaciones significativas a su ejercicio en términos de prohibición acaban por traducirse en limitaciones del derecho mismo, porque las libertades, afrontadas desde una perspectiva de realismo normativista, o se pueden ejercer o no son nada. En consonancia, este derecho, por su conexión con la dignidad humana, forma también parte del núcleo duro de la garantía de respeto a la misma reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución. Siendo ello así, este derecho fundamental -elevado constitucionalmente a libertad pública-, debe de integrarse dentro de los derechos sociales fundamentales de la persona y no sólo como derecho social. Es así porque se trata efectivamente de un derecho social fundamental de la persona atribuido en cuanto tal y no como ciudadano de un Estado en concreto, no pudiéndose establecer una regulación jurídico-legal infraconstitucional alteradora del contenido esencial del mismo o que, directamente, impida su ejercicio como tal derecho de la persona. Todo ello con independencia de la posible introducción de exclusivas peculiaridades o modulaciones de su ejercicio, pero nunca la imposibilidad o privación total de ejercitarlo.

En este sentido, es necesario resaltar y poner de relieve que se trata de un derecho delimitado. No existe impedimento alguno establecido legalmente para que la persona extranjera inmigrante pueda participar y ser elemento clave en la fundación de un sindicato junto a otras nacionales. Es así porque el derecho de creación de un sindicato presupone un ejercicio colectivo, en tanto en cuanto ha de ejercitarse por

los extranjeros en España, cit., p. 227. En la misma dirección, BLASCO RASERO, C., “El ejercicio del derecho de libertad sindical en la empresa privada: problemas actuales”, en *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, AA. VV., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E. (coords.), Tecnos, Madrid, 2011, pp. 24-26.

⁵⁹² Sobre el mismo, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Los derechos de sindicación y huelga”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., (coord.), cit., pp. 222-230. GARCÍA VÁZQUEZ, S., “La nueva regulación de los derechos de sindicación y huelga”, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., pp. 90-94.

varias personas. Nada obstaculiza que la persona extranjera actúe junto a otras nacionales como promotor o dirigente –*ex* artículo 4.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical- a los efectos del depósito de estatutos en la oficina pública establecida al efecto, para adquirir así el sindicato personalidad jurídica⁵⁹³ y plena capacidad de actuación. La legislación específica reguladora de la libertad sindical no contempla a los extranjeros como sujetos a los que se les deba de limitar este derecho y, realizando una reflexión atenta de los requisitos establecidos legalmente respecto al depósito de los estatutos de un sindicato, el control de la oficina pública y las causas de impugnación, permiten concluir que no existe obstáculo alguno legal a la fundación de sindicatos por personas extranjeras⁵⁹⁴.

Como se ha apuntado, para la constitución plena y efectiva del sindicato, es condición *sine qua non* el depósito de los estatutos por medio de los promotores o dirigentes en la oficina pública y la publicidad de aquéllos. El sindicato adquiere la personalidad toda vez que transcurren veinte días hábiles desde que éstos fueron depositados. Sin embargo, puede suceder que la carencia de algún elemento de los que forman parte el contenido estatutario mínimo -denominación, domicilio y ámbito de actuación del sindicato, órganos de gestión y de representación, requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliado, procedimiento

⁵⁹³ Con carácter general, para ver la esencia jurídica de la personalidad jurídica y la propia concepción dinámica del derecho en el relativismo de la figura y funciones de la misma en relación a los distintos órdenes sociales, legislativos y políticos, *vid.*, por todos, la obra clásica de FERRARA, F., *Teoría de las Personas Jurídicas*, con estudio preliminar “¿Una persona inerte? De la teoría al problema de la interpretación de las personas jurídicas” de MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., Comares, Granada, 2006, *passim*.

⁵⁹⁴ RUBIO DE MEDINA, M^a D., “Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros”, *cit.*, pp. 174-176; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, *cit.*, p. 99. CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, *cit.*, pp. 426-427; VELASCO PORTERO, M. T., “El derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros”, en *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, Tomo I, AA. VV., *cit.*, pp. 248-249. MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGU MORALES, A., “Libertad de sindicación y huelga”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., (dirs.), *cit.*, pp. 221-224. En sentido contrario, negando este derecho amparándose en la regulación internacional, ASENJO PINILLA, L., “Trabajadores extranjeros no comunitarios: derechos laborales y sindicales” en *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, AA. VV., SALINAS MOLINA, F. (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; y amparándose en el alcance político de lo que pueden suponer sindicatos fundados por extranjeros y de ellos, MIRAVET, P., “Trabajadores inmigrantes, sindicatos y participación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 2005, pp. 10-11.

de modificación de los estatutos, fusión, régimen de disolución y régimen económico del sindicato-, obviando la valoración de su legalidad o ilegalidad, la oficina pública rechaza el depósito. Ante esta situación, la impugnación de dicha resolución es posible ante el orden jurisdiccional social mediante la modalidad prevista en los artículos 167 a 173 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social. Asimismo, también el control de la legalidad es factible de realizar respecto de los estatutos que ya han sido objeto de depósito y publicación. Y es aquí donde es necesario tener en cuenta la legalidad o ilegalidad de la exigencia de una determinada nacionalidad como requisito de ingreso para la adquisición de la condición de afiliado, para lo que el juez de lo social no puede sino declarar la nulidad de la correspondiente cláusula estatutaria.

El sesgo a este derecho viene establecido por una doble dimensión. Por un lado, no existe posibilidad jurídico-formal ni material que prohíba la afiliación de personas nacionales o comunitarias, ya que no es posible de ninguna de las maneras vulnerar el principio constitucional de igualdad y no discriminación. Y, de otro lado, en estrecha relación, no es factible la constitución de un sindicato de intereses propio y exclusivo de personas extranjeras, porque los sindicatos han de defender imperiosa y forzosamente los intereses de todas las personas –en su condición de trabajadores- sin discriminación alguna.

La fundación de un sindicato cuyos promotores e integrantes sean solamente personas extranjeras no es en modo alguno admisible constitucionalmente, siempre y cuando no se admitiese la posibilidad de la afiliación y participación de las personas nacionales y/o comunitarias. En el hipotético caso de que se admitiese, formal y materialmente, entrañaría una discriminación para las personas nacionales y/o comunitarias, de igual forma que lo sería para las personas extranjeras en aquellos sindicatos fundados por nacionales y/o comunitarios admitiendo sólo a éstos. En clara y conexas relación, adquiriría formalmente tintes inconstitucionales, por discriminatorio, todo estatuto sindical que exigiese como requisito para la afiliación la nacionalidad española o cualquier otra ajena específica. Por lo que respecta a la opción de sindicatos de interés propio de personas extranjeras, no son factibles porque para la delimitación del ámbito de actuación del sindicato rige el principio de libre reglamentación –*ex* artículo 2.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de la Libertad Sindical-. Esto supone que el sindicato, atendiendo a las personas que sean susceptibles de afiliación, pueda buscar la conexión de los intereses a representar dando lugar a dos posibilidades organizativas

fundamentales: sindicatos verticales o por industrias -asocia a trabajadores por ramas de producción o actividades económicas- y sindicatos horizontales o por oficios -afilia a trabajadores según cualificaciones o especialidades laborales-. Como resultado, no es posible, jurídico-formalmente que el criterio de la nacionalidad sea el que adquiriera un rol decisivo para la conexión de intereses.

Así pues, al margen de la condición y/o situación administrativa de la persona extranjera, el ejercicio de este derecho tiene que realizarse en plenitud de igualdad de condiciones que el resto de personas, sean nacionales –como se especifica legalmente- o comunitarios, con los mismos deberes, obligaciones y ventajas que comporta, con posibilidad nula de establecer algún grado de discriminación al respecto con fundamento en la nacionalidad o condición administrativa. No es posible legalmente que un sindicato prohíba o impida en sus estatutos la afiliación de personas extranjeras, ni que tampoco les exija condiciones distintas a las de cualquier otra persona. Esta circunstancia igualmente ha de ser aplicada para el supuesto contrario, en relación a los requisitos y procedimientos para la pérdida de la condición de afiliado, sin posibilidad legal alguna de establecimiento de cláusulas que impidan o dificulten este derecho para la persona extranjera. Así pues, ésta última tendrá la posibilidad de libremente ejercer su derecho de afiliación al sindicato de su elección para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales o, simplemente, respetar la libertad, en este caso negativa, de no afiliarse a ningún sindicato, estando en posesión del mismo derecho para poder ejercerlo en el momento que quiera y estime conveniente.

De igual modo, se encuentra la posibilidad de la existencia de sindicatos autónomos. Éstos están constituidos única y exclusivamente por determinados colectivos de trabajadores y no se vinculan a condiciones personales, como la nacionalidad, sino a circunstancias objetivas relativas a la categoría profesional o al tipo de profesión realizada. Y es que si realmente implican un efecto fragmentador de los intereses de los trabajadores en cuanto grupo socioeconómico, no conllevan los mismos riesgos de dualización o conflicto social que el que representaría un sindicato de personas extranjeras. Al respecto, reiterando lo ya planteado, lo único que puede negarse es la licitud de la creación de sindicatos de categoría de integración exclusiva por extranjeros. En cualquier caso, el problema está planteado y la realidad dialéctica entre asociaciones de extranjeros inmigrantes y sindicatos constituye una de las cuestiones más importantes y polémicas del movimiento sindical contemporáneo.

Por otra parte, en la nueva construcción y configuración jurídico-legal de este derecho se ha de tener presente que el ejercicio de la libertad de sindicación es un instrumento irrenunciable para el colectivo de personas extranjeras inmigrantes para hacer frente a su situación de desequilibrio socioeconómico. Es de destacar, al respecto, la utilidad específica del mismo desde la perspectiva particular del derecho constitucional del trabajo y la constitución jurídica del trabajo. Es así porque necesariamente se ha de tener presente la fuerza atractiva de la condición efectiva de trabajador, con lo que desde esta perspectiva se está ante un derecho de la persona que hay que reconocer a todo sujeto que realice una actividad por cuenta ajena o que se encuentre en nuestro país para realizarla, al margen de su concreta nacionalidad y/o condición administrativa.

Es en este sentido en el que, si se desea que los sujetos más débiles, desde un punto de vista físico, político y social o económico, gocen de la protección necesaria frente a las leyes de los más fuertes, será necesario sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, de la disponibilidad privada y de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal. Desde la teoría garantista, el universalismo de los derechos fundamentales se refiere a los sujetos a los que son atribuidos -todos los seres humanos en cuanto personas-. Los derechos fundamentales responden al *leit-motiv* de la progresiva vigencia de la idea de protección de la persona⁵⁹⁵. De este modo, se confirma y reafirma el rol de los derechos fundamentales como leyes del más débil⁵⁹⁶ y, a la vez, como criterios para trazar los confines entre el respeto a todos los individuos en cuanto personas, y el debido respeto a sus diferencias culturales o de nacionalidad. Los derechos fundamentales, en consecuencia, deben internacionalizarse, debiéndose superar la contraposición entre ciudadanía e igualdad, orientándola hacia la ciudadanía universal, siendo esta circunstancia el elemento central para el diseño y ejercicio práctico de una política de derechos que excluya al máximo la dimensión nacional o cultural y, desde ahí, desde el respeto de los derechos ir discutiendo sobre el reconocimiento de esa dimensión, siempre desde la premisa del respeto a la idea de

⁵⁹⁵ HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, cit., pp. 29 y ss. Desde esta perspectiva protectora, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., pp. 232-245.

⁵⁹⁶ En este sentido, *vid.*, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., *passim*.

dignidad humana. Esta labor cuenta ya con el marco jurídico-legal adecuado –la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009- para conseguir su finalidad.

Partiendo de este marco jurídico-legal, no se ha de obviar –y, por tanto, resaltar- que para las personas extranjeras, los sindicatos, tienen una importancia relevantísima en aras de la defensa de sus intereses económicos y sociales. Y es que los éstos no sólo han actuado como organizaciones en *pro* de los fines encomendados legalmente, sino que también lo han hecho como instancias de intervención diversificada en el proceso de integración e, incluso, como primer espacio de inserción en el país de acogida⁵⁹⁷. Esta realidad material enlaza con la consideración formal del derecho de libertad de sindicación como un derecho social fundamental de la persona y sus correspondientes garantías de titularidad y ejercicio. Se convierte así en indispensable para una efectiva integración y cohesión social de las personas extranjeras inmigrantes⁵⁹⁸.

En este sentido y, para la consecución de esta labor, un sector de la doctrina defiende una triple tarea de los sindicatos con respecto a las personas extranjeras inmigrantes⁵⁹⁹: una primera, referida al sindicato como representante del interés de las personas extranjeras -más allá de la situación administrativa que puedan presentar éstas-, para velar, ante todo, por los derechos y las condiciones de trabajo a fin de que éstas se produzcan en plena equidad con el resto de trabajadores; una segunda, en la que el sindicato tiene un destacado papel como agente institucional en el mercado de trabajo, para lo que ha de intervenir en la medida que pueda en la política de empleo para que el trabajo del extranjero inmigrante sea regularizado; y, una tercera, en la que el sindicato se muestra como agente de inserción social con la clara y nada desdeñable pretensión de suministrar acceso a elementos básicos de ciudadanía tales como la vivienda, la sanidad,

⁵⁹⁷ MIRAVET, P., “Trabajadores inmigrantes, sindicatos y participación”, cit., p. 1.

⁵⁹⁸ Insistiendo en ello, SERRANO FALCÓN, C. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “La libertad sindical de los extranjeros en la perspectiva internacional y comunitaria”, en *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), cit., pp. 193-194. LAIZABAL SAIZAR, O., “La libertad sindical de los inmigrantes extracomunitarios”, en AA. VV., *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, Tomo I, cit., p. 376.

⁵⁹⁹ BAYLOS GRAU, A., “Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español”, cit., pp. 31-40; IBÍDEM, *Inmigración y derechos sindicales*, cit., pp. 65-81. Con carácter general, IBÍDEM, *Sindicalismo y derecho sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004, *passim*.

etc., traduciéndose todos ellos en una serie de derechos sociales de carácter general. Como resultado consecuente y más inmediato, se construye una política sindical asentada en la igualdad en el trabajo, la necesidad de regulación del volumen de empleo del colectivo de trabajadores extranjeros inmigrantes y el complemento -de carácter esencial- de trabajar para fomentar activamente la integración social de la persona extranjera. En consecuencia, la garantía de los derechos sindicales dentro y fuera de la empresa, y todo aquello que de ello deriva -es decir, la ciudadanía industrial- refuerza el papel trascendental que el sindicalismo tiene en la extensión del conjunto de derechos asociados a la propia ciudadanía social⁶⁰⁰.

De esta manera, el derecho fundamental de libre sindicación, en cuanto derecho social fundamental que presenta un aspecto laboral esencial, cumple una función indispensable para las personas extranjeras a fin de su consideración igual en aras al acceso e inclusión en una ciudadanía social plena. En ello, desempeña adicionalmente un papel trascendental tanto los propios sindicatos, como cualquier asociación relacionada con ellas que guarden una relación con la actitud de inclusión y cohesión social, frente a elementos que se presenten como favorables a la exclusión social.

2.4.- DERECHO DE HUELGA

El derecho de huelga, por su ubicación constitucional en el artículo 28.2 dentro de la sección primera -de los derechos y libertades fundamentales- del capítulo segundo, *stricto sensu* y técnicamente se configura y define como un derecho fundamental. Derivado de su reconocimiento impersonal, presenta una titularidad universal para todas las personas, pero más concretamente en su condición de trabajadoras -sin distinción adicional alguna⁶⁰¹-: *se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses*. Consecuentemente, destaca tanto por

⁶⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p. 175.

⁶⁰¹ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L., “La huelga”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1062 y ss.; aludiendo a la STC 259/2007, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Artículo 28.2: el derecho de huelga”, en *Comentarios a la Constitución Española*, AA. VV., CASAS BAAMONDE, M^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., cit., p. 826.

ser un derecho subjetivo directamente aplicable, como por ser un derecho inherente a la persona trabajadora y a su dignidad.

De un modo inescindible, confluyen varias adjetivaciones o caracterizaciones en el mismo: atendiendo su definición técnico-jurídica como un derecho público subjetivo de libertad configurado como derecho fundamental, es un derecho de la personalidad y es un derecho social. Asimismo, en el Estatuto de los Trabajadores aparece definido en el artículo 4.1 e) como un derecho básico de todo trabajador, sin mayor condición adicional y, por ende, no cabiendo tratamientos diferenciados respecto a su titularidad y ejercicio.

Una particularidad significativa que presenta este derecho es que aún no ha sido regulado con una Ley Orgánica propia, sino que sigue plenamente vigente el preconstitucional Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. Pero, para su eficacia, en su depuración ha desempeñado un rol esencial la jurisprudencia, en especial la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 y, en definitiva, toda la doctrina al respecto del más Alto Tribunal⁶⁰². Todo ello ha derivado en que se pase de un modelo plena y netamente contractualista a otro más marcadamente socio-profesional -modelo sociopolítico-, abierto a algunas modalidades de huelgas políticas, en clara conexión y coherencia con la configuración de este derecho como instrumento principal de autotutela de los trabajadores en el ámbito de un conflicto colectivo.

A nivel internacional, no es tan profusa ni tan generosa la regulación existente del derecho de huelga en comparación a la que se producía con la libre sindicación –o con otros derechos ya analizados-, si bien mantiene el mismo carácter universal en su titularidad y ejercicio. Así, especial mención merece su aparición en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, en cuyo artículo 13 se reconoce *el derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho a la huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos*. O la Carta Social Europea, en su artículo 6.4 que recoge el derecho de los trabajadores y patronos a recurrir a

⁶⁰² Vid., al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L., “El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, AA. VV., CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (coords.), Laborum, Murcia, 2008, pp. 261 y ss.

acciones colectivas en caso de conflicto de intereses, *incluso el derecho de huelga*, pudiéndose considerar que éste aparece como medida última, de excepción. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 8.1 d), establece el derecho de huelga *de conformidad con las leyes de cada país*.

Ahora bien, en su favor y contrarrestando esta circunstancia, si se considera el derecho de huelga y la huelga misma como contenido esencial del conexo derecho fundamental a la libertad sindical, es posible entender que se amplían los confines de reconocimiento universal de este derecho a todas las personas trabajadoras teniendo presente de un modo muy significativo los convenios de la OIT en materia de libertad sindical, como es el caso de los ya advertidos 87 y 98. Con esta interpretación extensiva, se puede entender que se garantiza la plena igualdad no sólo en la titularidad, sino también en el ejercicio de este derecho para todas las personas en su condición de trabajadoras, previendo adicionalmente mecanismos de garantía y tutela.

El derecho a la huelga es un derecho social fundamental de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo. Tal circunstancia se manifiesta en la propia doctrina del Tribunal Constitucional, puesto que en su Sentencia 11/1981 establece que define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. En este sentido, se entiende por ejercicio colectivo de este derecho las facultades de la convocatoria o llamada a la huelga, el establecimiento de reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Así, si bien la titularidad del derecho a la huelga pertenece a las personas trabajadoras -a cada una de ellas corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas-, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales. En consecuencia, el derecho a la huelga lo pueden ejercer organizaciones sindicales que se encuentren implantadas en el ámbito laboral en el que se encuentra extendida la huelga porque éste es parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical.

En el caso concreto de los trabajadores extranjeros inmigrantes, este derecho es de especial relevancia. Una apreciación que también se puede mantener para el resto de los trabajadores, por ser un derecho fundamental que tiene una intrínseca dimensión

social importantísima. Si, en el caso de la titularidad de este derecho, queda patente formalmente su carácter social y su universalidad para todos los trabajadores -y, por tanto, se han de incluir a las personas extranjeras que tengan esta condición-, en su ejercicio no ha sido constante tal igualdad y sí discriminación, pese a que ni en los grandes tratados internacionales y convenios, así como en la Constitución y en el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo, aparezca mención alguna excluyente de este derecho para los trabajadores extranjeros. Es por ello por lo que ha sido permanente su regulación jurídico-legal en las sucesivas y contemporáneas leyes reguladoras de la extranjería e inmigración, experimentando idénticos avances y retrocesos que otros derechos fundamentales.

En un primer momento, en la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, de este derecho eran titulares -y lo podían ejercer en las mismas condiciones que los trabajadores españoles- aquellas personas trabajadoras extranjeras que se encontrasen en posesión del permiso de residencia –*ex* artículo 10-. Es decir, la universalidad del derecho quedó fragmentada y rota al reconocerse exclusivamente a aquellos extranjeros que se hallasen legalmente en España, excluyendo a las personas extranjeras trabajadoras *de facto* que no tenían la citada autorización administrativa. No era adecuada la regulación jurídico-legal del derecho en relación al marco constitucional e internacional. Durante el tiempo de su vigencia, se privó a un conjunto de personas trabajadoras –las extranjeras sin permiso de residencia- del derecho social fundamental a la huelga.

Posteriormente, con la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, al ser ésta una norma marcadamente garantista en los aspectos sociales para los extranjeros, se produjo un salto cualitativo y se reconoció el derecho a la huelga para todo trabajador extranjero, sin distinción e independientemente a su condición administrativa, produciéndose así no ya sólo una equiparación entre trabajadores nacionales y extranjeros, sino también entre éstos últimos entre sí. Adquirió este derecho todo su significado, sentido y alcance en cuanto derecho social fundamental de la persona trabajadora. Sin embargo, con la inminente reforma que sufrió la misma por medio de la Ley Orgánica 8/2000, se introdujeron importantes modificaciones de carácter restrictivo en líneas generales a la totalidad de los derechos y, de nuevo, aunque se atribuyese la titularidad del mismo a todos los extranjeros, se limitó su ejercicio sólo para los trabajadores extranjeros que estuviesen

en posesión de la autorización de trabajo. Es decir, se volvió a la situación de la Ley Orgánica 7/1985 con una diferencia formal –la exigencia de la autorización de trabajo frente al permiso de residencia- pero con iguales efectos y consecuencias materiales: la exclusión del derecho para las personas extranjeras trabajadoras en situación administrativa irregular⁶⁰³. Se excedió por el legislador la facultad de configuración legal de este derecho, hasta el extremo de entrar en contradicción el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000 con la regulación jurídico-constitucional del mismo en consonancia con el estándar mínimo internacional –artículos 28.2, 10.2 y 13 de la Constitución-. Una situación que se mantuvo en el texto legal tras la posterior reforma operada en la misma por la Ley Orgánica 14/2003.

Esta regulación infraconstitucional, a la vez que inconstitucional, pudo tener su origen en la clasificación de derechos que hizo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 107/1984, en la que el derecho de huelga, pese a ser un derecho social inherente a la persona misma del trabajador -ciudadano trabajador-, apareció definido como un derecho de configuración legal. Una clasificación y ubicación en este grupo incorrecta. Debería de haber aparecido incluido en el grupo de derechos que se reconocían a todos los extranjeros, por no ser una lista cerrada y por ser un derecho social fundamental inherente y en conexión con la dignidad humana de la persona característico del Estado social democrático de Derecho⁶⁰⁴. Y es que el ejercicio de un derecho de tal condición no puede quedar supeditado a una simple autorización

⁶⁰³ Aunque sean autorizaciones administrativas diferentes –residencia y trabajo- tenían los mismos efectos: la negación de un derecho humano fundamental de carácter social. Es así porque con la Ley Orgánica 4/2000 vigente en ese momento, primeramente se debía obtener la autorización de trabajo, para seguidamente, acceder al permiso de residencia y no a viceversa. En consecuencia, se estaba negando implícitamente también el derecho a las personas carentes del permiso de residencia. Por extensión, se negó entonces a las personas extranjeras en situación administrativa irregular –sin permiso de residencia y si autorización de trabajo- este derecho. *Vid.*, en este sentido, TARABINI–CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, cit., p. 104. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A., “Comentario al Artículo 11. Libertad de sindicación y huelga”, en *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería e integración social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 224-226; FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., pp. 133-135.

⁶⁰⁴ Sobre el derecho de huelga como derecho de la personalidad, MONEREO PÉREZ, J. L., “La huelga”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1104-1106. A *sensu contrario*, doctrinalmente se ha manifestado que, al igual que sucede con el derecho de libertad sindical, el derecho a la huelga no es un derecho de la personalidad y, por tanto, es de configuración legal, MONTROYA MELGAR, A., *El empleo ilegal de inmigrantes*, cit., pp. 162-163.

administrativa. Así, de nada servía y no era, en absoluto, aceptable la separación entre el derecho en sí mismo considerado y su ejercicio. Resultaría un reconocimiento etéreo o evanescente del derecho carente de utilidad alguna si no se cumplen los requisitos administrativos que permitían estar en España regularmente. Incluso, adoptando como perspectiva la inescindibilidad de ambos planos, era posible plantearse el interrogante de hasta qué punto era coherente el reconocimiento plenamente teórico de un derecho si ello no se acompaña de la subsiguiente admisión del conjunto de facultades y derechos que tienen que dimanar de tal reconocimiento. Con esta separación que se producía - disolvente del derecho- entre titularidad y ejercicio en un típico derecho de libertad, acontecía un ataque directo al mismo contenido esencial del derecho a la huelga. Se estaba impidiendo la abstención o cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, hecho que supone la facultad de declararse en huelga –o adherirse a ella-, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considere adecuada. Es decir, se estaba vulnerando un contenido ineludiblemente necesario mediante el que el titular podía satisfacer los intereses para cuya consecución el derecho es otorgado.

En consonancia con estos planteamientos jurídico-políticos formales y materiales, se plantearon contra esta regulación jurídico-legal todo un conjunto de recursos de inconstitucionalidad por parte de Comunidades Autónomas como Andalucía, Navarra, Castilla La Mancha, Aragón o Extremadura, significativamente, así como por parte del Grupo Parlamentario Socialista, sobre la base de la contradicción del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000 con los artículos constitucionales advertidos anteriormente. Bastantes años después, se resolvieron estos recursos por medio de la Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007.

En relación a ésta última, se ha de partir de la circunstancia de que la STC 236/2007, que resolvía uno de los distintos recursos de inconstitucionalidad que se habían presentado a la Ley Orgánica 4/2000 y sus sucesivas reformas, no pudo pronunciarse -porque no fue objeto del recurso de inconstitucionalidad- sobre el tratamiento de algún que otro derecho social fundamental de la persona y que hubiese tenido una análoga solución a algunos de los preceptos. Se dejó así incompleto, ilógicamente, el tratamiento y la corrección debida para el conjunto de derechos sociales fundamentales que pertenecen a los extranjeros como personas. Pero no por ello se debió de dejar de tener presente que este pronunciamiento jurisprudencial supuso el

planteamiento serio del interrogante acerca de la superación de la tradicional e influyente doctrina de la década de los ochenta del siglo pasado establecida por el mismo Tribunal Constitucional mediante la STC 107/1984. Fue así porque al declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos en dicho pronunciamiento, claramente, como ya se ha puesto de relieve, se estaba abogando por una regulación adecuada de los derechos sociales fundamentales de la persona como tales y no como derechos de simple configuración legal.

En esta dirección, sin apenas haber transcurrido dos meses desde la propia STC 236/2007, el propio Tribunal Constitucional resolvió otro de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos mediante la Sentencia 259/2007. Este pronunciamiento jurisprudencial fue una inmediata continuación de la doctrina social, lógica, adecuada y de constitucionalidad de la última ya citada. La misma afectó directamente al conjunto de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en España, declarando la inconstitucionalidad de la regulación del importantísimo derecho a la huelga de los trabajadores extranjeros que quedaba establecida en la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, universalizando de un modo efectivo su titularidad y ejercicio a todo este colectivo, independientemente a su situación administrativa. Así, se declaró nulo el inciso *cuando estén autorizados a trabajar* del artículo 11.2, afirmando que la exclusión absoluta de este derecho a los trabajadores extranjeros carentes de la autorización de trabajo era contraria al artículo 28.2 de la Constitución y su adecuada interpretación en relación al estándar internacional regulador del derecho. Argumentó el Tribunal que, partiendo de su doctrina sobre el concepto de trabajador para la determinación del ámbito subjetivo del derecho –SSTC 11/1981 y 123/1992- y de lo establecido en la STC 236/2007 sobre la conexión de los derechos fundamentales con la propia dignidad humana y la concepción material de la persona trabajadora para su titularidad y ejercicio, se debe de entender atribuido el derecho a la huelga para todas las personas trabajadoras extranjeras independientemente a su situación administrativa⁶⁰⁵. En consecuencia, no consideró

⁶⁰⁵ Sobre estos planteamientos jurisprudenciales en relación al derecho a la huelga, *vid.*, RAMOS QUINTANA, M^a I., “Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida”, *cit.*, pp. 70-75; GARCÍA NINET, J. I., “Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los <<sin papeles>>”, *cit.*, pp. 5 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las SSTC 236/2007, de 7 de

admisible constitucionalmente el Alto Tribunal la exigencia de la autorización de trabajo para el ejercicio de este derecho. Se considera, por tanto, un derecho fundamental –con todo su significado, sentido y alcance- de toda persona trabajadora de derecho y de hecho, siempre y cuando preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Se confirma así que la libertad que la propia Constitución ha otorgado al legislador no es absoluta para la regulación de los derechos de los extranjeros, puesto que ha de imperar en ella la trascendental conexión del derecho con la dignidad humana, su contenido esencial y su regulación constitucional e internacional como canon hermenéutico.

Esta doctrina social jurisprudencial fue tenida en cuenta en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, constituyendo una de sus motivaciones técnico-jurídicas de fondo. La misma fue trasladada al artículo 11.2 del texto legal, estableciendo de un modo breve y conciso que *los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles*. Con ello, lo que se produce es la correcta regulación del derecho en coherencia con su propia naturaleza y configuración como derecho social fundamental⁶⁰⁶. Se reconoce su titularidad y ejercicio sin condicionante alguno –administrativo o de nacionalidad- para todos los trabajadores extranjeros en las mismas condiciones que los españoles. Al igual que sucede con otros derechos analizados, de nuevo aparece aquí la deficiencia técnica de regular un derecho humano fundamental tomando a los trabajadores de nacionalidad española como canon para su atribución y ejercicio.

noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, de 2007 (I)”, cit., pp. 36-45; BAYLOS GRAU, A., “Titularidad y ejercicio del derecho de huelga: los inmigrantes irregulares como ejemplo”, en *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, AA. VV., CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (coords.), cit., pp. 417-421; JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., pp. 228-229; ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y Trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 100 y ss.

⁶⁰⁶ Vid., al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Los derechos de sindicación y huelga”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., (coord.), cit., pp. 239-249. GARCÍA VÁZQUEZ, S., “La nueva regulación de los derechos de sindicación y huelga”, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., pp. 94-96. GONZÁLEZ BIEDMA, E., “Los extranjeros extracomunitarios en España y el derecho a la huelga”, en *Inmigración, mujeres y menores*, AA. VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2010, pp. 407 y ss.

En cualquier caso, la regulación del derecho a la huelga en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, implica expresamente que este derecho fundamental -elevado constitucionalmente a libertad pública- se configura subjetivamente para todos los extranjeros, tanto en su titularidad como en su ejercicio. Es así por su relación y conexión directa con la dignidad humana y, por tanto, por su atribución universal a todas las personas en su condición de trabajadoras. Con el derecho de huelga se está ante un derecho social de libertad que no sólo crea un puente entre los principios de libertad e igualdad, sino que los anuda como componentes innatos e inescindibles del mismo, conformándolo como un auténtico y genuino derecho fundamental de la persona en cuanto trabajador y no como derecho de configuración legal⁶⁰⁷. No se puede, por tanto, establecer ninguna relación infraconstitucional que altere el contenido esencial de este derecho o impida su ejercicio como derecho de la persona, independientemente a la introducción de exclusivas peculiaridades o modulaciones de su ejercicio.

Asimismo, en clara conexión con esta concepción del derecho, desde la posición del realismo normativista, otra posibilidad que se ha de defender y tener presente es la que queda fijada legalmente en el artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000. Por medio de éste, son titulares y pueden ejercer el derecho a la huelga aquellos trabajadores extranjeros sin la autorización para trabajar, porque al trabajador carente de la misma se le atribuyen los derechos laborales que se derivan de la relación de trabajo y, por ende, de su condición de trabajador⁶⁰⁸. Se establece que el contrato de trabajo de una persona extranjera en situación administrativa irregular –sin permiso de residencia ni autorización de trabajo- es plenamente válido, existiendo formalmente la relación laboral y la persona trabajadora. A tal fin, se ha de tener presente la configuración del derecho a la huelga como un derecho subjetivo del trabajador, lo que supone que se ha de residenciar el centro de gravedad del derecho en la persona individual en su condición de persona trabajadora, sin que ello prive de la atribución de facultades de ejercicio a los sujetos colectivos para proclamar y dirigir el movimiento huelguístico. Es

⁶⁰⁷ Partiendo de que es la libertad del sujeto la que constituye el objeto propio del derecho a la huelga en cuanto dueño de su decisión, MONEREO PÉREZ, J. L., “La huelga”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1106-1110.

⁶⁰⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., pp. 182 y ss.

por ello por lo que no cabe plantearse el interrogante sobre la inclusión de este derecho dentro de los medios de los que disponen los trabajadores para la defensa de sus intereses, ya que éste es un concepto que abarca mucho más que el del simple derecho. Así, tomando como referencia a la Constitución, no es admisible que la persona trabajadora carezca de una protección que tiene su fundamento en la defensa de sus intereses.

Por su parte, la huelga es definida en el Real Decreto Ley 17/1977, en su artículo 7.1, como *la cesación de la prestación de los servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias*. En virtud de la definición del hecho de la huelga y como derivación de la misma, se ha de realzar y reiterar destacadamente que se trata de un derecho que tiene una doble dimensión o un doble contenido: individual -la opción que tiene el trabajador de sumarse o mantenerse al margen de la huelga- y el colectivo, en el sentido de que los intereses defendibles mediante el derecho a la huelga son, por propia definición, intereses colectivos, situados en el núcleo de la relación profesional y, más ampliamente, intereses generales de la situación profesional⁶⁰⁹. Esta doble dimensión que presenta el derecho, también queda reconocida en la regulación que hace del mismo la vigente Ley Orgánica 4/2000, si bien no queda patente de forma explícita, pero sí se han de entender extendidas por remisión. Así, el trabajador extranjero que tenga la firme pretensión de ejercitar el derecho a la huelga, lo ha de hacer como medida de presión colectiva para presionar ante una situación relacionada con las condiciones de trabajo o cualquier otro aspecto conectado con la relación laboral, pero no si ésta única y exclusivamente está conectada con la condición de extranjero.

Como resultado, el reconocimiento del derecho a la huelga en todo su sentido, tanto de contenido como de efectos, a los trabajadores extranjeros en claras condiciones de igualdad con los trabajadores nacionales, conlleva que se aplique su núcleo básico⁶¹⁰. Esto es, la suspensión de la relación laboral y el sometimiento a sus propios límites,

⁶⁰⁹ En este sentido, se manifiesta doctrinalmente que el valor o bien jurídico protegido por el derecho de huelga es la interrupción colectiva del trabajo como medio de los trabajadores para defender sus intereses, especialmente en situación de conflicto colectivo, DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., p. 526.

⁶¹⁰ CARRIZOSA PRIETO, E., “Aspectos problemáticos del ejercicio del derecho de huelga en la empresa”, en *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, AA. VV., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E. (coords.), cit., pp. 213 y ss.

como es el caso de la calificación como actos ilícitos o abusivos de los mencionados en el artículo 7 del Real Decreto-Ley sobre Relaciones de Trabajo y la de la ilegalidad de los actos incluidos en el artículo 11 del mismo. Adicionalmente, queda extendido al conjunto de facultades y derechos que acompañan el ejercicio del contenido básico: declaración y comunicación de la huelga -artículo 3-, composición del comité de huelga -artículo 5-, integración en piquetes informativos y participación en la recogida de fondos -artículo 6.6-, participación en los medios de solución del conflicto y en la negociación para llegar a un acuerdo -artículo 8-. Igualmente se produce para la integración en los servicios necesarios para la seguridad de personas y cosas y para el mantenimiento del patrimonio empresarial -artículo 6.7- y el mantenimiento de servicios mínimos que pudieran fijarse en el caso de servicios esenciales para la comunidad⁶¹¹ -artículo 10-. Y también, por último, respecto a los efectos del ejercicio del derecho, la suspensión de la relación de trabajo durante el tiempo que dure el ejercicio del mismo -artículo 6.2-, situación de alta especial en la Seguridad Social -artículo 6.3- y sanciones al trabajador por participación en huelga ilegal o por negarse a cumplir los servicios de mantenimiento -artículo 16-.

Pero en todo este conjunto equitativo existe una excepción. En la participación en las acciones de huelga por parte de los trabajadores extranjeros como piquetes coactivos aparece implícitamente en el texto legal y explícitamente en su desarrollo reglamentario el peligro real de expulsión: atentar contra el orden público con actividades previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, deriva para los extranjeros en la posibilidad de su expulsión. Teniendo presente la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, el artículo 54.1 a) tipifica este acto como infracción muy grave. Por su parte, el artículo 55.2 del mismo texto legal especifica que, de acuerdo con el procedimiento sancionador determinado reglamentariamente, la competencia sancionadora corresponde al Secretario de Estado de Seguridad. Este procedimiento implica la posible proposición

⁶¹¹ Monográficamente, BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1988, *passim*.; MORENO VIDA, M^a N., *La huelga en servicios esenciales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, *passim*.

de la expulsión como sanción impuesta por éste último⁶¹², tramitada mediante procedimiento preferente –*ex* artículo 234 del Real Decreto 557/2011- con disposición de ingreso del extranjero expedientado en un centro de internamiento de extranjeros durante la tramitación del expediente durante el tiempo estrictamente imprescindible con un máximo de sesenta días⁶¹³ –*ex* artículo 235 del mismo- y con una resolución dictada de forma inmediata, motivada y resolutive de las cuestiones planteadas en el expediente, ejecutando la orden de expulsión de forma inmediata una vez notificada al interesado –*ex* artículo 236 del mismo-.

Sin embargo, verdaderamente, para que se pueda sancionar la participación con la expulsión se deberían de dar dos requisitos. Por un lado, se ha de exigir que el extranjero tenga no sólo una participación activa, sino que ésta ha de sobresalir, destacar y ser responsable, fundamentalmente por la gravedad que alcanza la sanción. Y, por otro lado, se debe de atender al contexto en el que acontezcan los desórdenes públicos. Al respecto, se ha de tener en cuenta que el mero hecho de la condición de piquete, aunque sea calificado como ilegal, debe de exigir que la conducta del extranjero no tenga la misma forma ni consideración que aquel que participa en otro tipo de actos que tienen también la consideración de contrarios al orden público. La participación como piquetes coactivos, en cuanto que se incluye en el seno de derecho a huelga y aunque constituya un ejercicio ilegal del mismo, es posible que encuentre razón alguna en cuestiones distintas a aquellas que les llevan a participar en otros actos que también perturben el orden público. En este contexto, para poder imputar de responsabilidad a un extranjero, es necesario que se tengan en cuenta circunstancias adicionales a la simple participación activa y, como resultado, se debe de entender que se ha de prestar una especial atención a la intencionalidad específica de atentar contra dicho orden. Pero ante este supuesto, se

⁶¹² *Vid.*, al respecto, MOLINA NAVARRETE, C., “La expulsión: supuestos y procedimientos para el extranjero. Nuevas consecuencias para el empleador”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., (coord.), cit., pp. 765 y ss.

⁶¹³ Incidiendo en la generalización de los supuestos de internamiento después de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tras la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009, MOLINA NAVARRETE, C., “Nueva regulación del internamiento cautelar prolongado de extranjeros: más sombras que luces”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., (coord.), cit., pp. 751-752.

plantea el difícil interrogante de dónde se ha de encontrar el canon de medida con el que poder llegar a fijar un límite.

En cualquier caso, lo que se ha de destacar es que el derecho a la huelga - atendiendo a su definición, contenidos y a lo ya analizado-, se ejerce por parte de los trabajadores frente al empleador, en el marco de una relación laboral. Y es en este ámbito donde no se comprende ni tiene cabida la restricción que se realizaba para los trabajadores extranjeros carentes de la autorización para trabajar. Se estaba impidiendo que defendiesen sus intereses un conjunto de trabajadores *de facto*, trabajadores materialmente. Superada esta situación, en el momento en que acontezca una huelga, no se puede establecer una discriminación sobre los trabajadores que pueden o no pueden secundarla y participar en ella, en cuanto que es un derecho inherente a la propia persona trabajadora. Ni por supuesto, nadie interrogará en la misma a los huelguistas sobre su condición administrativa. Igualmente, en un modelo de huelga-derecho como el vigente⁶¹⁴, tampoco el empresario podrá ejercer represalias en forma de despido por ausencias injustificadas al trabajo porque el contrato que le une con su trabajador declarado en huelga es válido, siendo la responsabilidad de su situación del mismo⁶¹⁵. Además, se ha de tener presente que la huelga de trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular es una experiencia jurídica; es un hecho de relevancia jurídico-práctica, por lo que negar el derecho a la huelga a éstos carecía de escasa o nula relevancia y efectividad en el plano de las relaciones de trabajo, pues se ha de reconocer que si una persona ejerce su derecho a la huelga es porque trabaja y, por tanto, es el trabajo irregular el verdadero problema y no el ejercicio de los derechos fundamentales de carácter laboral y básicos⁶¹⁶. Esto es lo que hacía completamente injustificada la ya

⁶¹⁴ Sobre los modelos jurídicos de huelga, MONEREO PÉREZ, J. L., “Huelga”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), cit., pp. 733-735.

⁶¹⁵ *A sensu contrario*, se manifiesta que por un sector de la doctrina que la participación del inmigrante irregular en una huelga, aunque fuera ésta legal, sería causa de despido, MONTOYA MELGAR, A., *El empleo ilegal de inmigrantes*, cit., p. 163.

⁶¹⁶ Respecto a esta cuestión, se ha manifestado la posible paradoja de que la principal reivindicación que pudieran hacer los trabajadores extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular, como es su propia regularidad administrativa, nunca podría ser satisfecha por el empleador, JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 229. En relación a ello, se ha defendido que el reconocimiento del derecho de huelga tanto en titularidad como en ejercicio para las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa regular e irregular, puede servir también para presionar y obtener frutos de las autoridades políticas para que procedan a la regularización de los inmigrantes trabajadores carentes de las

superada hoy restricción jurídico-legal de este derecho en su triple dimensión: laboral, fundamental y social.

Desde estos postulados jurídico-políticos y concluyendo, el derecho a la huelga de los trabajadores es un derecho social fundamental por antonomasia⁶¹⁷. Es así porque queda constituido como un derecho de igualdad que tiene la clara e importantísima intención de atenuar, en la medida de lo posible, o disminuir, el desequilibrio existente entre el trabajador y el empleador en el plano de las relaciones de trabajo y en su transposición a las relaciones sociales, constituyéndose como un medio esencial para la realización del Estado social. En consecuencia, se convierte en un derecho clave no ya sólo para la realización de una efectiva ciudadanía social, sino también en el seno de ésta con especial relevancia para las personas extranjeras trabajadoras. Es así porque la igualdad y justicia social se hacen indispensables en lucha contra su posible exclusión social, para lo que este derecho adquiere un rol decisivo como instrumento de denuncia, protesta y puesta de relieve de situaciones contrarias al sentido y carácter de la propia ciudadanía social⁶¹⁸. De esta manera, este derecho se configura como un instrumento de las clases trabajadoras, indistintamente de la nacionalidad de aquellos que las constituyan, para remover los obstáculos que se oponen a la igualdad sustancial, tratando de funcionar en cuanto mecanismo de emancipación y participación en el conjunto de decisiones sociopolíticas que les conciernen en todas y cada una de las esferas de la vida social⁶¹⁹.

correspondientes autorizaciones administrativas, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “Constitución del trabajo e inmigración irregular: una articulación necesaria para el reconocimiento de los derechos humanos”, cit., pp. 73-74.

⁶¹⁷ Vid., al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L., “La huelga”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1111-1124.

⁶¹⁸ Incidiendo en una estrategia de ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos como medio para la consecución del objetivo de avanzar en la consecución de la emancipación y la igualdad social, MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 166 y ss.

⁶¹⁹ En este sentido, para el filósofo francés -y teórico del sindicalismo revolucionario- Georges SOREL, toda huelga reivindicativa concreta adecuadamente orientada, actúa como elemento clave para la conciencia de clase. Incluso, plantea el mismo autor, la circunstancia de que esta huelga prepare otras posteriores de carácter general y revolucionario que pueda llegar a generar violencia. Vid., al respecto, SOREL, G., *Reflexiones sobre la violencia*, con estudio preliminar “Teoría e ideología del sindicalismo en Georges Sorel” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2011, pp. 79 y ss., XXIII-XLIX, respectivamente.

2.5.- DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva aparece regulada constitucionalmente como derecho en el artículo 37.1. Por tanto, integrado en la sección segunda, “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, del capítulo II, “Derechos y Libertades”, del Título I, “De los Derechos y Deberes Fundamentales”. Por este encuadramiento en la Norma Fundamental, este derecho presenta una eficacia directa e inmediata, está garantizado constitucionalmente y su desarrollo es desviado a la ley. Se convierte así el legislador infraconstitucional en garante del derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empleadores, así como de la fuerza vinculante de los convenios colectivos⁶²⁰. Todo ello en estrecha relación y conexión con otro derecho laboral básico de carácter colectivo, como es el de la participación en la empresa⁶²¹.

Stricto sensu y formalmente, el derecho a la negociación colectiva no es susceptible de ser incluido en el elenco de los derechos fundamentales de toda persona, -en este caso de aquellos que tengan la condición de trabajadores, de personas que trabajan- entendidos como derechos humanos constitucionalmente positivizados a través de los derechos fundamentales. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional lo ha considerado como parte integrante del contenido esencial, en este caso sí, de un derecho social fundamental por antonomasia como es la libertad sindical (SSTC 4/1983, 73/1984, 105/1992), porque entre ambos se produce una colaboración

⁶²⁰ Se argumenta en este sentido que el valor o bien jurídico protegido por el derecho a la negociación colectiva es la existencia de un sistema autorregulado de relaciones laborales o la autonomía de los agentes sociales –trabajadores y empresarios-, DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., p. 522. Desde esta perspectiva, configurando y considerando a la negociación colectiva como una institución social que canaliza un proceso de diálogo e intercambio de bienes económicos y jurídicos entre representantes de los trabajadores y el empresario o varias organizaciones de los mismos, MARTÍNEZ ABASCAL, V., “Negociación colectiva”, en *Enciclopedia Laboral Básica* <<Alfredo Montoya Melgar>>, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), cit., p. 925. En este sentido, relacionando la negociación colectiva con los instrumentos de la democracia en la empresa, RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Comares, Granada, 2010, pp. 103-124.

⁶²¹ Monográficamente, RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, cit., 161-198.

funcional en virtud de la cual ésta última es irreconocible sin la propia negociación colectiva⁶²².

Teniendo presente esta configuración técnico-jurídica, se ha de considerar y definir el derecho de negociación colectiva como un derecho social fundamental de libertad colectiva que supone un deber de respeto y de no intromisión estatal⁶²³. Libertad que se ha de entender en su acepción negativa, pero de la que no se ha de obviar, por la condición misma de este derecho, en su dimensión positiva, pues el Estado ha de promocionar esta negociación colectiva. Esta configuración, unida a su consideración de derecho social de libertad, implícitamente incide y recalca que el mismo, constitucionalmente recogido, se constituye como norma de aplicación directa e inmediata. En este sentido, en concordancia con y reforzando esta naturaleza, a nivel supranacional regional europeo, en la Carta Social Europea de 1961, este derecho de negociación colectiva queda reconocido como un derecho social fundamental en su artículo sexto.

Este hecho, en definitiva, supone: de una parte, convertir al legislador en garante del derecho de negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios; y, por otra parte, otorgar una fuerza vinculante a la expresión formal de este derecho, los convenios colectivos, puesto que poseen una eficacia objetiva, inmediata e inderogable por su consideración de fuente del Derecho del Trabajo y por su configuración como contrato normativo⁶²⁴.

Igualmente, en el artículo 4.1 c) del Estatuto de los Trabajadores aparece este derecho configurado como un derecho laboral de autonomía colectiva de carácter básico

⁶²² Sobre la experiencia y desafíos de esta funcionalidad que relaciona directamente a ambos derechos, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El derecho de libertad sindical*, cit., pp. 137-149.

⁶²³ MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho a la negociación colectiva”, en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, AA. VV, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M^a N., (dir.), cit., p. 626. Sistemática y monográficamente, VALDÉS DAL RÉ, F., *La negociación colectiva. Entre tradición y renovación*, Comares, Granada, 2012, *passim*.

⁶²⁴ Sobre el encuadramiento del convenio colectivo en el ordenamiento jurídico, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”. Estudio preliminar realizado a la obra clásica de GALLART FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Comares, Granada, 2000, pp. XXIII y ss.

de todo trabajador⁶²⁵. Pero es que además, es aquí, en este Estatuto, donde encuentra su desarrollo legal, ya que se le dedica todo el Título III, bajo la rúbrica *de la negociación colectiva y de los convenios colectivos*, quedando regulado tanto la naturaleza como los efectos de los convenios, la legitimación para la negociación y su procedimiento. Es decir, hay una ordenación de la propia negociación colectiva y del propio fruto de la misma, los convenios colectivos.

Así pues, se puede afirmar, por la propia naturaleza social fundamental de este derecho en el marco del actual Estado social y democrático de Derecho definido constitucionalmente, que se está ante un derecho que es un medio efectivo para la realización de la igualdad social propia de este modelo estatal. Por tanto, se ha de destacar cómo ya, desde este mismo momento, en el plano de unas relaciones sociales horizontales, éste se convierte en un fundamento esencial de igualdad, inclusión y no discriminación por su atribución a toda aquella persona trabajadora, indistintamente a las condiciones personales que posea -nacionalidad, raza, sexo, etc.-. Es así porque sus intereses, en la medida de lo posible, están presentes en el momento de la propia negociación a través de sus representantes e, igualmente, se verán reflejados en el convenio colectivo resultante de igual aplicación a todos los trabajadores. Por su parte, en el plano de las relaciones sociales verticales, también existe una igualdad, porque los intereses de los empleadores estarán presentes a través de sus representantes, al igual que la de los trabajadores, en la negociación colectiva, quedando reflejados en cuanto sea posible, en el convenio colectivo resultante. De esta manera, con base en el diálogo social, se está constituyendo este derecho en una manifestación clave del acceso de la

⁶²⁵ Esta consideración ha de ser matizada porque el trabajador individualmente considerado no tiene legitimidad alguna para negociar los convenios colectivos, ni si quiera los extraestatutarios. Tampoco tiene legitimación para poder impugnar un convenio colectivo. Sin embargo, sí tiene derecho el trabajador a que se le aplique el convenio pactado, como fuente reguladora de sus derechos y obligaciones, así como a reclamar como individuo la aplicación del mismo ante los Tribunales. Es en éste último sentido, en el que se ha de interpretar, necesariamente y por mera lógica, el derecho recogido en el artículo 4.1 c) del Estatuto de los Trabajadores. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. R., “Derechos y deberes laborales (en torno al artículo 4 y 5)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo. El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Tomo I, núm. 100, 2000, p. 255. Asimismo, MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 4. Derechos Laborales”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), cit., pp. 121-122.

autonomía de la voluntad de los distintos grupos sociales al poder normativo surgido del equilibrio de posiciones entre empleadores y trabajadores⁶²⁶.

Teniendo presente que este derecho no ha quedado establecido de una forma expresa en las contemporáneas leyes reguladoras de la extranjería e inmigración –ni en sus reformas- sobre el fundamento de que éstas no se ocupan exclusivamente de la inmigración económico-laboral, es necesario partir del reconocimiento del derecho de negociación colectiva en cuanto derecho configurado estatutaria o legalmente como básico para el común y conjunto de los trabajadores sin excepción alguna. Es un derecho que forma parte del estatuto jurídico-laboral de la persona trabajadora. En consonancia con lo establecido constitucionalmente, con la propia naturaleza del derecho antes expresada y con su consideración como parte esencial de un derecho social fundamental, se ha de considerar que las personas trabajadoras extranjeras inmigrantes serán titulares del mismo y podrán ejercerlo de un modo efectivo⁶²⁷. Todo ello reforzado adicionalmente por la regla de igualdad y el consecuente principio de no discriminación incluido en el artículo tercero de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social⁶²⁸. En virtud de éste, una vez que el trabajador extranjero está incorporado al mercado nacional de trabajo -entendiendo necesariamente que de *iure* o de *facto*-, ha de gozar de las mismas condiciones laborales que el resto de trabajadores, lo que supone la asunción de los derechos constitucionales de carácter laboral y del propio elenco de derechos detallado y relacionado en el artículo cuarto del Estatuto de los Trabajadores⁶²⁹.

Esta circunstancia encuentra reflejo en su regulación a nivel internacional y europeo. En el primero sí se encuentra referenciado este derecho para los trabajadores

⁶²⁶ FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., p. 137.

⁶²⁷ En este sentido, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., pp. 199-205.

⁶²⁸ Sobre su sentido y alcance, *vid.*, al respecto, MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 3.- Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, en *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería e integración social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 105-107.

⁶²⁹ *Vid.*, al respecto, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Fundamentación jurídica del derecho de negociación colectiva de los trabajadores extranjeros”, en *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*, AA. VV., DE SOTO RIOJA, S. (coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009, pp. 157 y ss.

inmigrantes en algunas normas internacionales de gran calado y relevancia. Así, tanto el Convenio N° 97 de la OIT, relativo a los trabajadores migrantes, como el artículo décimo noveno de la Carta Social Europea, aunque no reconozcan explícita y exactamente un derecho a la negociación colectiva, sí exigen de los Estados miembros la garantía de que el trabajador extranjero *disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos*. Y también el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante de 1977, aboga para que las partes contratantes faciliten, *en lo posible*, la participación de los trabajadores migrantes en los asuntos de la empresa en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. En el caso europeo, especial mención merecen algunas Directivas de Igualdad de trato, como son la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico⁶³⁰, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁶³¹.

Por tanto, es la naturaleza de este derecho la causante de su conversión en clave para la articulación de los intereses de los trabajadores extranjeros inmigrantes y su representación en el proceso de negociación del convenio colectivo en igualdad con los restantes trabajadores. Con ello, se manifiesta su consideración básica como instrumento de participación e inclusión en el orden laboral, primero, y posterior y consecuentemente en la sociedad en la que vive. Y, adicionalmente, los convenios colectivos resultantes se constituyen también en un ámbito en el cual queda reflejada y patente la igualdad: bien por la aplicación de éste a todo trabajador en calidad de persona que trabaja indistintamente a su nacionalidad o condición, siempre y cuando se

⁶³⁰ Esta directiva aborda la igualdad de trato por razón de nacionalidad de manera genérica. Diferencia entre discriminación directa o indirecta, advirtiendo que se producirá la primera cuando por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que lo sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable. La segunda se producirá cuando una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, sitúen a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas -artículo segundo. Sólo admite la norma la imposición de diferencias de trato mediando causa objetiva, razonable y proporcionada, justificada por la particularidad de una concreta actividad profesional o del contexto en que se realiza -artículo cuarto-.

⁶³¹ Esta directiva completa a la anterior al proscribir, con carácter general -tal y como se establece en su artículo primero- cualquier tipo de discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, y se dicta con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

encuentre dentro del ámbito funcional y territorial del mismo, o bien por la posibilidad de introducir cláusulas que tiendan hacia ella.

En cualquier caso, tomando como premisa el precepto constitucional relativo a la negociación colectiva y como derivación del mismo, se han de tener presentes dos dimensiones entrelazadas para su aplicación al supuesto de los trabajadores extranjeros: por un lado, la negociación colectiva propiamente dicha, es decir, la participación del trabajador como sujeto negociador; y, por otro lado, la aplicación del convenio resultante de la negociación, es decir, la inclusión del trabajador en la aplicación del convenio.

En el caso del trabajador extranjero en situación administrativa regular, respecto a la primera dimensión, la participación del trabajador como sujeto negociador en el proceso de negociación, no cabe exclusión alguna ni de titularidad ni de ejercicio. De esta manera, el trabajador extranjero en posesión de su permiso de residencia y de su autorización de trabajo, puede participar como representante del resto de los trabajadores en la comisión negociadora -en igualdad de condiciones que los otros trabajadores que la conforman- regulada específicamente en el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores, indistintamente sean nacionales o extranjeros. Esto es, puede participar bien como representante sindical o bien como miembro de la representación unitaria en el centro de trabajo o en la empresa. Ambas conforman las modalidades de participación de los trabajadores en esta última, y, en este caso, por qué no, de los trabajadores extranjeros, pues no existe cláusula legal alguna que mencione la nacionalidad. Todo ello se completa con los derechos derivados de esa participación en la negociación del texto convenido: integración en las comisiones paritarias para la solución de cuestiones relativas al convenio, así como en cualesquiera otras constituidas para la administración o aplicación de lo convenido⁶³². Así, el estatuto jurídico laboral básico inicial del trabajador extranjero quedaría perfeccionado.

De esta manera, se observa cómo los sujetos intervinientes en la negociación colectiva como resultado del entramado negocial existente en nuestro ordenamiento, pueden coincidir en las mismas personas que llevan a cabo la representación en la

⁶³² RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena”, en *El Nuevo Derecho de Extranjería*, AA. VV., RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.), cit., pp. 85-86.

empresa. Aquí, obviamente, la nacionalidad de aquellos que tienen la condición de trabajadores–representantes no tiene por qué incidir de forma alguna en el fruto de la negociación⁶³³, pues se están defendiendo y representando los intereses de todos los trabajadores y no sólo aquéllos de un determinado colectivo nacional. A *sensu contrario*, se constituye en muestra de participación, inclusión e igualdad de los trabajadores extranjeros en el seno de la empresa. Ahora bien, es necesario tener presente una relativa restricción existente: los trabajadores encontrarían tales facultades supeditadas a la vigencia del permiso de residencia y de la autorización para trabajar.

Así pues, por analogía a la regulación legal de otros derechos en la ley de extranjería e inmigración que son atribuidos en base a la situación administrativa del trabajador extranjero, podemos afirmar que aquellos que se encuentren en situación administrativa regular en España podrán participar y ser tenidos en cuenta en la negociación colectiva, o participar en las reuniones con derecho de voz y voto, junto con el resto de trabajadores y en condiciones de absoluta igualdad. Y tan sólo de forma ocasional y con suma coincidencia se puede dar el caso de una negociación con representantes solamente de otras nacionalidades, fruto de la cual se dé lugar a un convenio que afecte de forma única y exclusiva a trabajadores extranjeros. En tal caso, estaríamos ante el supuesto de que la empresa tan sólo tenga contratados a trabajadores de nacionalidad extranjera. Pero, ante esta casuística, se ha de tener presente que el ámbito de aplicación es la propia empresa y no los sujetos que posean una nacionalidad extranjera. En consecuencia, la superposición será más fruto de la coincidencia que del criterio de la nacionalidad.

Por lo que respecta a la segunda dimensión, la aplicación del convenio resultante en su caso de la negociación, para aludir a ésta y su cumplimiento efectivo es necesario prestar atención a la regla general de eficacia que sirve de soporte para la fundamentación de dicho derecho. Esto es, el contenido íntegro del convenio se ha de aplicar en igualdad de condiciones, imperiosamente, a la totalidad de los trabajadores incluidos en su ámbito funcional y territorial de aplicación y durante el tiempo en que se encuentre vigente, tal y como viene establecido en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Pero es que adicionalmente y en este sentido, si se produjese una exclusión del trabajador en esta aplicación del convenio o de algunas de sus cláusulas o

⁶³³ CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 428.

si se estableciesen condiciones especiales distintas para el mismo -a excepción de aquellas que encuentren fundamento en normas legales que de forma taxativa y justificada conlleven una comprensión racional y jurídica del trato desigual por la condición extranjera del trabajador-⁶³⁴, este trato diferente fundado en la condición de extranjero sería tachado de ilícito por discriminatorio en base, por una parte, al Convenio 97 de la OIT, relativo a los trabajadores migrantes, de 1949, y lo establecido en su artículo sexto *-Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias: (...) ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos-*; y, por otra parte, al Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949, y lo determinado en su artículo primero *-Los trabajadores deberán gozar de una protección adecuada contra todo acto discriminatorio tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo-*.

Por otra parte, en el caso en que el trabajador extranjero se encuentre en situación administrativa irregular, en cuanto a la dimensión de su participación como trabajador-representante en la negociación del convenio colectivo, desde el punto de vista estricto del derecho, es titular y puede ejercer efectivamente este derecho, pues como ya se ha anotado, estamos ante un derecho social que forma parte del estatuto jurídico básico de derechos de todo trabajador y hay que tener presente, al respecto, que éste, por encima de su situación administrativa, es una persona que trabaja, un trabajador *de facto*.

Sin embargo, desde la óptica de la política del derecho, esta dimensión del derecho de negociación colectiva para el trabajador extranjero en situación administrativa irregular se puede ver, hasta un cierto punto considerable, limitada y sesgada. Es así porque, al llevar implícita una perspectiva pública y de relación con las autoridades competentes, hace que, en cierta medida, no sea recomendable su ejercicio efectivo por los trabajadores sin la correspondiente autorización para trabajar por la

⁶³⁴ A excepción de aquellas que encuentren fundamento en normas legales que de forma taxativa y justificada conlleven una comprensión racional y jurídica del trato desigual por la condición extranjera del trabajador. FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., p. 139.

posibilidad de denuncia por éstas de su situación y las negativas consecuencias para ellos⁶³⁵, por más que sea un trabajador *de facto* pero no de derecho, con el consecuente retroceso respecto a su inclusión e igualdad.

Es aquí entonces donde se muestra, en gran medida, la necesidad de que tanto la legislación reguladora de la extranjería e inmigración, así como la específica normativa laboral, tengan en consideración la situación real de discriminación que se produce con los trabajadores extranjeros de derecho respecto a los de hecho en cuanto a sus derechos. Con ello se produce una circunstancia que atenta y es contraria, por una parte, al pleno goce y disfrute de unos derechos sociales de carácter laboral que se hacen imprescindibles para el conjunto de los trabajadores extranjeros; y, por otra parte, a la reducción de la importancia que tiene para ellos la ciudadanía social como medio y fin para conseguir su integración e inclusión en el seno de una sociedad que venga definida y caracterizada por ésta, en la que el trabajo adquiere y posee, por el carácter de la inmigración, un rol central –como ya se ha apuntado en el capítulo anterior-. Es desde esta posición, teniendo como referencia este paradigma, desde donde se ha acometido en relación a los derechos que nos ocupan una última reforma en la Ley Orgánica 4/2000, por medio de la Ley Orgánica 2/2009, para hacerla plenamente efectiva y real, acercando al máximo la realidad, la política del derecho, al derecho mismo, para que éste posea todo su esplendor como fundamento, base y pilar del orden de una ciudadanía social de miembros iguales bajo los principios de solidaridad y justicia social, sin discriminación alguna no ya sólo por la nacionalidad, sino por la condición administrativa personal en la atribución de derechos ante situaciones y condiciones iguales.

En este sentido, si anteriormente se ha puesto de relieve que la negociación colectiva es considerada uno de los contenidos esenciales del derecho a la libertad sindical, por efecto de irradiación, resultado de las SSTC 236 y 259/2007 así como de la plasmación legal de su doctrina en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se ha de entender que si el trabajador extranjero, independientemente a su situación administrativa, es titular y puede ejercer el derecho de libertad sindical, al ser el derecho a la negociación colectiva un contenido esencial de la misma, éste trabajador de hecho o

⁶³⁵ GARCÍA MURCIA, J., “Derechos laborales y de protección social en la ley de extranjería”, *Revista Tribuna Social*, núm. 133, 2002, pp. 33-34.

de derecho también puede constituirse en titular y puede ejercer efectivamente este derecho a la negociación colectiva, especialmente en la dimensión que se está tratando, la de trabajador-representante en el procedimiento negociador⁶³⁶. De esta manera, estas dificultades anteriormente manifestadas en formas de sesgo o de limitación, quedarían superadas circunstancialmente por esta interpretación jurisprudencial y legal de conjunto.

Sin embargo, para la segunda dimensión apuntada de este derecho, la aplicación del convenio colectivo a todo el conjunto de trabajadores incluidos dentro de su ámbito funcional y territorial, indistintamente a su condición administrativa y a la nacionalidad, esta interpretación no aparece de tan gran trascendencia, si bien igualmente hay que tenerla presente y, por tanto, extenderla. Y es que, en este caso, se está ante la misma situación descrita para el trabajador extranjero en situación administrativa regular, porque su aplicación a todos los trabajadores trae causa en la ya manifestada regla general del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y en lo establecido internacionalmente en el Convenio 97 de la OIT.

Pero es que, adicionalmente, para una mayor justificación de estos planteamientos político-jurídicos, se ha de tener presente el artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, por el que se validan los derechos laborales de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular mediante la validez del contrato de trabajo firmado. Esto conlleva, como resultado, que el derecho laboral a la negociación colectiva en esta dimensión recogido en el Estatuto de los Trabajadores sea de plena vigencia y efectividad. Además, en este mismo sentido, el propio Tribunal Constitucional condena la diferencia de tratamiento dentro de los convenios colectivos por razones como el tipo de contrato o el parentesco, censurando, en definitiva, la discriminación de cualquier tipo introducida mediante convenio colectivo.

En esta vertiente de este derecho a la negociación colectiva, sí adquiere más sentido y comprensión la situación de trabajador *de facto*, con lo que independientemente a la situación administrativa del trabajador, al tener esta condición

⁶³⁶ *Vid.*, al respecto, TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Los trabajadores extranjeros: sujetos del derecho a la negociación colectiva y contenidos negociales”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 522-525.

dentro de un sector o una empresa determinada, tendrá derecho a regirse completa y absolutamente por el convenio, las condiciones de trabajo y demás establecidas en él. Es así para que su tratamiento, las condiciones en las que deba desarrollar su actividad laboral y sus derechos sean los mismos que los restantes trabajadores. Todo ello reforzado por la decisiva influencia de la denominada constitución del trabajo⁶³⁷: derechos individuales, colectivos -como es el caso-, y de protección social, que tiene la importante significación de atribuir a todo trabajador, en igualdad de condiciones y como lucha contra la exclusión, un elenco significativo de derechos.

Por su parte, el convenio colectivo, resultado de la negociación colectiva, actúa como instrumento de equiparación y de igualdad de condiciones, convirtiéndose y teniendo un rol fundamental no ya sólo como elemento clave para el acceso a la ciudadanía social, sino en el seno e interior de ésta evitando desigualdades y conflictos. Ello se deriva de la consideración del derecho a la negociación colectiva como un derecho social de libertad clave del conjunto de éstos enmarcados en la ciudadanía social, pues adoptando la perspectiva de la igualación del conjunto de personas, más allá de su nacionalidad y/o condición, se pretende asegurar la solidaridad y la igualdad entre las personas con la clara finalidad de satisfacer un conjunto de necesidades consideradas básicas⁶³⁸.

De esta forma, se tiende a penetrar en la lógica de un cambio en el criterio de atribución de los derechos distributivos, ya que éstos no se condicionan a los roles productivos de las personas y se trata, en consecuencia, de abarcar a sujetos que se pueden hallar desplazados del mercado de trabajo -como puede ser el caso de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular-, para lo que se han de garantizar derechos de participación como medio de inclusión.

Este hecho queda vinculado al objetivo del sindicalismo contemporáneo y su institucionalización que, como resultado, conlleva su mayor participación e influencia

⁶³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 156 y ss.

⁶³⁸ Desde esta perspectiva, analizando los fundamentos jurídico-doctrinales de las teorías jurídico-sociales de las convenciones colectivas de trabajo, GALLART FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, con estudio preliminar "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho" de MONEREO PÉREZ, J. L., cit., pp. 87-134.

en el gobierno político de la sociedad⁶³⁹. En este sentido, la ciudadanía social no ha sido un conjunto de derechos otorgado por el sistema establecido para el mantenimiento del *status quo* preexistente, sino que, en la misma dirección, también es producto de las reivindicaciones de carácter sociopolítico del conjunto del movimiento obrero organizado, tanto en el plano político como en el sindical⁶⁴⁰. Así, la progresiva y necesaria incorporación de los trabajadores extranjeros inmigrantes a las estructuras sindicales ha de suponer una facilitación del traslado a las plataformas de convenio de las reivindicaciones de éstos.

De esta manera, lo que se está haciendo notar y manifestando es que el convenio colectivo es una de las grandes instituciones de la democracia social moderna, insertándose completamente en el concepto y progreso no sólo de la ciudadanía social, sino también política⁶⁴¹, puesto que uno de los principales logros del poder político de fines del siglo XIX fue el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva mediante el uso del contrato en el mercado abierto⁶⁴². En consecuencia, se produce la afirmación, desde el interior del sistema democrático, del derecho a la identidad colectiva y a la participación diferencial de los grupos socioeconómicos, entre los que se encuentran los trabajadores extranjeros.

Así, la negociación colectiva y su fruto jurídico, el convenio colectivo, participan de esta forma en el Estado social mediante la programación de la penetración del contrato por *status*, subordinando el principio estricto de mercado a los criterios de justicia colectivos consensuados entre las fuerzas sociales⁶⁴³. De esta manera, la

⁶³⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho a la negociación colectiva”, en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit. p. 678.

⁶⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit. p. 172. Históricamente, atendiendo al caso español, GALLART FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, con estudio preliminar “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho” de MONEREO PÉREZ, J. L., cit., pp. 183 y ss.

⁶⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho a la negociación colectiva”, en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit. p. 648.

⁶⁴² MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, cit., p. 48. Desde estos postulados, una aproximación general al convenio colectivo en el derecho español, MONEREO PÉREZ, J. L., “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”. Estudio preliminar realizado a la obra clásica de GALLART FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, cit., pp. LXXXVII-CVIII.

⁶⁴³ MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, cit. p. 69.

negociación colectiva contribuye dinámicamente a la racionalización del conflicto que existe entre los derechos sociales que se incluyen en la ciudadanía democrática y el valor del mercado, siendo su resultado, el convenio colectivo, una cristalización del conflicto regulado en la democracia contemporánea⁶⁴⁴.

3.- DERECHOS SOCIALES DE PRESTACIÓN

Dentro del elenco de los derechos sociales fundamentales de la persona extranjera inmigrante, aquellos que tienen un marcado carácter de prestación, se identifican esencialmente con los derechos de protección social recogidos jurídico-constitucionalmente. Es el caso del derecho a la seguridad social, del derecho a los servicios y asistencia sociales y del derecho a la asistencia sanitaria. Estos tres, conforman los pilares básicos del modelo de protección social definido constitucionalmente, que ha sido desarrollado tanto jurídico-legalmente como institucionalmente por el sistema de Seguridad Social, el Sistema de Asistencia Social y el Sistema Nacional de Salud. Éstos últimos no han sido concebidos como sistemas independientes, sino como sistemas interconectados entre sí, unidos por una misma finalidad: la protección social de la persona frente a necesidades sociales⁶⁴⁵. Todo ello sin olvidar, con idéntico carácter, el derecho a la protección frente a situaciones de dependencia y el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia.

En este sentido, para las personas que contribuyen y se benefician de un modelo de Estado social y democrático de Derecho consolidado como es el español – independientemente a su nacionalidad y condición-, este conjunto de derechos y el acceso formal a los sistemas institucionales, así como la protección dispensada por los mismos derivada de su efectiva y material realización, se constituye en garante del

⁶⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: balance y perspectivas”. Estudio preliminar realizado a la obra clásica de GIUGNI, G., *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, Comares, Granada, 2004, p. LXXX.

⁶⁴⁵ En este sentido, se ha concebido a la protección social como un sistema, un conjunto articulado de instituciones sociales y jurídicas pensadas, reguladas y organizadas para proteger, ayudar a las personas y a los grupos en que se integran en las necesidades sociales que presentan o les pueden acaecer, ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M^a, “Los servicios sociales: sistema público de protección social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151, 2011, p. 669.

respeto a la dignidad humana y del conjunto de valores esenciales inspiradores del ordenamiento jurídico-político definidos constitucionalmente.

Estos derechos, cuya realización efectiva da acceso a los sistemas citados de protección, no vienen definidos ni configurados formal y constitucionalmente como derechos sociales fundamentales *stricto sensu*. Pese a ser principios rectores de la política social y económica o estar inspirados en los mismos, por la función protectora que tienen y la finalidad de cobertura de necesidades que persiguen, sí pueden ser considerados materialmente como tales. Ahora bien, *a priori* por esta configuración jurídico-constitucional, no se puede desprender la universalidad de su titularidad y ejercicio. Más concretamente, para las personas extranjeras, estos derechos son de configuración legal, siendo, por tanto, clave al respecto la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en conexión con otras específicas sobre la materia⁶⁴⁶. Particularmente, ésta ha reproducido las tres áreas del modelo jurídico-constitucional de protección social, puesto que ha reconocido y desarrollado separadamente los derechos incluidos en el mismo: el derecho al trabajo y a la Seguridad Social –artículo 10-, el derecho a la asistencia sanitaria –artículo 12- y el derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales – artículo 14-⁶⁴⁷. Sin embargo, no ha incluido específicamente el derecho a la protección frente a situaciones de dependencia, por más que la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, haya remitido a ella.

⁶⁴⁶ Con carácter general, sobre la protección social de la persona extranjera, *vid.*, MERCADER UGUINA, J. R., “La protección social de los trabajadores extranjeros” en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, AA. VV., Tomo II, cit. pp. 1131-1191; ROJO TORRECILLA, E., “La nueva realidad jurídica y social de la inmigración. Una aproximación al marco normativo y su impacto sobre la protección social de las personas inmigradas”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 569-594. Monográficamente, ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.

⁶⁴⁷ DE LA VILLA GIL, L. E., “La protección social de los extranjeros, especialmente en el sistema de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 10, 2006, p. 10. Asimismo, MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., “Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (coords.), Comares, Granada, 2008, p. 370.

La configuración, el significado, el sentido y el alcance particularizado de estos derechos mencionados son analizados en los epígrafes siguientes. A tal fin, se ha partido de la premisa de que la citada y primigenia Ley Orgánica 4/2000 -por tanto, al margen de las reformas que ha experimentado en los sucesivos años de su vigencia-, es la primera norma del ordenamiento jurídico español que, desde la perspectiva de los derechos y libertades de los extranjeros –por ende, en consonancia con su propio título- trata de conformar, configurar y establecer específicamente un sistema de protección social para los mismos en su conjunto y atendiendo a numerosas particularidades. Cosa distinta es que el régimen jurídico-legal del mismo lo consiga realizar efectivamente con mayores o menores aciertos y, consecuentemente, con avances y retrocesos jurídicos reguladores de los derechos incluidos en el mismo en función de la opción de política legislativa.

3.1.- DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

En el artículo 41 de la Constitución española, en cuanto principio rector de la política social y económica del Capítulo III del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales, se establece que *los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*. De su sentido, alcance e implicaciones, se deriva, *a priori*, un derecho social de prestación por antonomasia, el derecho social a la Seguridad Social de la persona. El derecho de ésta a acceder e incluirse en el sistema de Seguridad Social, beneficiándose de su acción protectora, para lo que es básico atender a lo fijado en el ordenamiento jurídico-legal, ya que no se establece en términos de un derecho subjetivo perfecto. Formalmente, no se puede catalogar como fundamental, pues no fue incluido entre los relacionados en los artículos 14 a 29. Pero, materialmente, sí posee esta condición de fundamental, precisamente por la función social que presenta y su destacado carácter desmercantilizador. Es por ello por lo que no sólo es susceptible de ser ubicado dentro del modelo de Derecho Público, sino también y más concisamente,

en el marco del paradigma del Derecho Social⁶⁴⁸. Se está ante un derecho social de prestación y protección de la persona de configuración y desarrollo legal⁶⁴⁹, no sólo necesitado de políticas sociales que lo doten de contenido y efectividad haciéndolo posible⁶⁵⁰, pues han de responder a las formas, a los principios y a los objetivos del propio sistema de Seguridad Social organizado estatalmente según mandato constitucional; sino también de la garantía institucional del correcto funcionamiento del citado sistema, considerado éste en cuanto conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables encaminadas hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad garantizando un nivel mínimo de rentas⁶⁵¹. A tal fin, éste queda articulado en tres niveles: un primero no contributivo, básico y público de ámbito subjetivo universal por el que se otorgan servicios y prestaciones ante situaciones demostradas de necesidad; un segundo profesional contributivo, que incluye prestaciones sustitutivas de

⁶⁴⁸ Destaca así su vinculación con la forma del Estado social, MONEREO PÉREZ, J. L. “El derecho a la Seguridad Social”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 1426. En el mismo sentido, QUESADA SEGURA, R., “Derecho de la Seguridad Social”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dir. y coord.), cit., pp. 488-489.

⁶⁴⁹ Es clave, al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1994, al establecer que *el derecho que los ciudadanos pueden ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular*. Prestando especial atención a la misma, BARCELÓN COBEDO, S., “El derecho a la Seguridad Social como derecho social. El reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 139, 2008, pp. 529-532.

⁶⁵⁰ Es de resaltar, al respecto, la labor desarrollada por José de Maluquer, miembro destacado de los orígenes del actual sistema de Seguridad Social así como ideólogo y defensor del seguro social en España, siendo verdadero artífice de la política social de desarrollo de la misma, MONEREO PÉREZ, J. L., *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Comares, Granada, 2007, pp. 312 y ss.

⁶⁵¹ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, 16^a ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 38. Este concepto se halla en clara conexión con la concepción de la Seguridad Social como conquista democrática y los principios de dinamismo, solidaridad, obligatoriedad, publicidad e igualdad que la caracterizan, APARICIO TOVAR, J., “La Seguridad Social como conquista democrática”, *Revista de Derecho Social de Latinoamérica*, núm. 2, 2007, pp. 18-30. En sentido análogo, VENTURI, A., *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, pp. 273-279.

rentas para aquellas personas que obtienen ingresos profesionales; y un tercero libre en su constitución y funcionamiento, complementariedad o suplementariedad⁶⁵².

Derivados de la titularidad y ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social en cuanto acceso al sistema y su protección, con carácter general se desprenden unos rasgos claros y evidentes del mismo, como son su carácter público y la protección de situaciones de necesidad. Sin embargo, más controvertida es la cuestión de la universalidad, tanto del acceso al mismo como de los sujetos protegidos por él. La Constitución no aclaró esta cuestión en un sentido inclusivo y concorde con la propia naturaleza del derecho, pues alude a los ciudadanos, debiendo entender, por tanto, implícitamente la atribución del derecho sólo para aquellos que posean la nacionalidad española. Por más que este último requisito ha sido una exigencia tradicional por parte del ordenamiento jurídico español –al igual que en el caso de los ordenamientos de otros Estados-, la regulación de este derecho no estaba en consonancia con la presente del mismo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶⁵³, pues –ilustrativamente- en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 se reconoce en el artículo 22 que, *toda persona, en cuanto miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social*; en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se recoge en el artículo 9 que *los Estados partes en el presente pacto, reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al Seguro Social*; en la Carta Social Europea de 1961, en el artículo 12 *se reconoce a todos los trabajadores y a las personas a su cargo el derecho a la Seguridad Social*; o en el artículo 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se reconoce y respeta *el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social (...) según las modalidades y prácticas establecidas por el Derecho Comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales*. De esta forma, a nivel internacional, el derecho a la Seguridad Social queda reconocido, con carácter general, para el conjunto de personas pertenecientes a una sociedad en términos de residencia e inclusión y no de nacionalidad excluyente, si bien también se atiende a la regulación particular y concreta

⁶⁵² Sistemáticamente, MONEREO PÉREZ, J. L. “El derecho a la Seguridad Social”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1451-1453.

⁶⁵³ Vid., al respecto, ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., pp. 23-33; SÁNCHEZ PÉREZ, J., *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Comares, Granada, 2011, pp. 37-40.

que presente cada Estado según sus prácticas. Todo ello sin olvidar, adicionalmente, el establecimiento de un mandato de atención a su configuración legal para la atribución del mismo.

Para el caso concreto del ordenamiento jurídico español, desde este derecho internacional en concordancia con el mandato del artículo 13.1 de la Constitución, es necesario reinterpretar el sentido de este derecho a la Seguridad Social, especialmente en relación al ámbito subjetivo del mismo y para con las personas extranjeras. La exigencia de garantizar el derecho a la Seguridad Social en los términos que establezca el tratado y la ley implica que éste se reconozca desde una concepción inclusiva, como un auténtico y genuino derecho social de ciudadanía, donde esta última no se ciñe exclusivamente al concepto estricto de la nacionalidad de la persona, siendo clave al respecto la configuración legal que presente el derecho⁶⁵⁴. Paradigmáticamente, no precisamente por su ubicación constitucional, este derecho es susceptible de ser ubicado en el conjunto de los derechos fundamentales reconocidos en términos de igualdad con los españoles, sobre la base de su configuración subjetiva como derecho atribuido a la persona en cuanto garante de la dignidad e integridad humana y por el ámbito material y el significado que puede alcanzar el mismo para el colectivo de personas extranjeras necesitadas de protección⁶⁵⁵ en aras de evitar su exclusión social. Esta es una concepción esencial que, *a priori*, debería respetar el legislador, ocupándose éste en todo caso del soporte financiero del sistema, pues tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, este derecho *implica una carga financiera considerable que requiere de la intermediación legislativa* (STC 126/1994). Sin embargo, *a posteriori*, esta concepción la ha sobrepasado el legislador, pues no sólo se ha ocupado de la misma, sino que también, en el caso concreto de las personas extranjeras, ha entrado a regular la titularidad y ejercicio del mismo. Ahora bien, también en conexión con el argumento

⁶⁵⁴ En la STC 95/2000, el Alto Tribunal ha fundamentado sobre este planteamiento la extensión del derecho a la Seguridad Social para las personas extranjeras. Asimismo, más concisamente para las personas extranjeras, la STC 107/1984, ya clasificó este derecho dentro del conjunto de los de configuración legal.

⁶⁵⁵ Se ha advertido doctrinalmente que el derecho de toda persona a la Seguridad Social arranca de una concepción filosófica basada en la dignidad e igualdad de la persona, RAMOS QUINTANA, M. I., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 172. En la misma dirección, MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., “Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (coords.), cit., pp. 370-372.

anterior, pues las personas extranjeras han venido conformando un colectivo que ha aportado positivamente a la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social⁶⁵⁶ y del modelo de Estado social de bienestar⁶⁵⁷.

3.1.1.- Nivel contributivo

Asumiendo esta perspectiva y prestando atención al objeto de estudio, en la configuración legal de la titularidad y ejercicio de este derecho para las personas extranjeras, son esenciales tanto la propia Ley General de Seguridad Social como la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Atendiendo a la primera, por más que en su artículo primero se establezca explícitamente el derecho de los españoles a la Seguridad Social, el mismo texto jurídico-legal en su artículo 7.1 –siendo coherente con la universalidad declarada del sistema, *ex* artículo 2 de la misma- extiende su protección en el nivel contributivo a *las personas extranjeras que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional*. En clara consonancia, el artículo 10.1 de la vigente Ley Orgánica 4/2000 establece que aquellas personas extranjeras que residan legalmente, de conformidad con lo que establece esta misma ley y las normas que la desarrollan, tienen derecho a trabajar y a acceder al sistema de Seguridad Social. Se condiciona así, legalmente, la extensión de la titularidad y de la efectividad –en términos de acceso al Sistema- del derecho social fundamental a la Seguridad Social a la

⁶⁵⁶ Se ha advertido por un sector doctrinal consolidado que, en cuanto elementos positivos de la Seguridad Social, cuando ésta se ha universalizado, se ha igualarizado y su financiación se ha presupuestarizado, el sistema ha perdido la justificación social que le hizo nacer, VIDA SORIA, J., “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, *Relaciones Laborales*, Vol. II, 2001, p. 390. Asimismo, en este sentido, fue manifestada ya la necesidad del diseño de nuevas formas de financiación que recurren a menudo a subvenciones estatales, DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y estudio preliminar sobre *la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social* por VIDA SORIA, J., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pp. 321-324 y 351-356. En relación a la Seguridad Social en el orden económico, VENTURI, A., *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, cit., pp. 621-764.

⁶⁵⁷ *Vid.*, al respecto, MORENO FUENTES, F. J. y BRUQUETAS CALLEJO, M., *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Obra Social La Caixa, Barcelona, 2011, pp. 141-175; OCHANDO CLARAMUNT, C., ANTUÑANO MARURI, I. y SOLER GUILLÉN, Á., “Evolución demográfica, inmigración y sistema de pensiones en España”, en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: aspectos críticos*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), Comares, Granada, 2010, pp. 18-28.

obtención previa de la autorización de trabajo y del permiso de residencia. Es decir, la persona extranjera que trabaje y resida en situación de regularidad administrativa, se encuentra protegida por el sistema de Seguridad Social en el nivel contributivo. La nacionalidad ha decaído en cuanto criterio de atribución de este derecho, cediendo el protagonismo a las autorizaciones administrativas⁶⁵⁸.

En este sentido, aquellas personas extranjeras autorizadas administrativamente a trabajar y residir, siempre y cuando desarrollen su actividad –*ex* artículo 7.1 de la Ley General de Seguridad Social- como trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, como socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, como estudiantes o como funcionarios públicos, civiles y militares –éstos últimos matizadamente atendiendo a la configuración legal del derecho al trabajo recogido por la vigente Ley Orgánica 4/2000-, tienen reconocido en titularidad y ejercicio el derecho a la Seguridad Social en su modalidad contributiva. Es decir, en este nivel profesional del sistema de Seguridad Social, trabajadores extranjeros en situación administrativa regular y nacionales y/o comunitarios, se equiparan⁶⁵⁹. Una equiparación confirmada y desarrollada posterior y concisamente en el artículo 14.1 de la vigente Ley Orgánica 4/2000 en relación a las concretas prestaciones derivadas del mismo, al establecer éste un principio general de carácter legal de igualdad de trato en relación a los nacionales⁶⁶⁰. Estas personas extranjeras *tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 175 y ss.; SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “La residencia legal como requisito de acceso a la protección de Seguridad Social de los extranjeros extracomunitarios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 20, 2009, pp. 3-6.

⁶⁵⁹ Apuntado claramente, MALDONADO MOLINA, J. A., “El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., p. 267.

⁶⁶⁰ En este sentido, MORENO PUEYO, M., “Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 257-258, 2004, p. 136. Asimismo, se ha defendido que el principio de igualdad de trato se ha convertido en clave en los sistemas de Seguridad Social, por lo menos en los países considerados desarrollados, RAMOS QUINTANA, M^a I., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 175.

⁶⁶¹ La necesidad de relación del artículo 10.1 y 14.1 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, para comprender en su conjunto la regulación jurídico-legal del derecho a la Seguridad Social del trabajador extranjero en su nivel contributivo y, en general, en su totalidad, ha sido objeto de severas críticas doctrinales, que lo han

Este modelo jurídico-legal está en consonancia con el modelo establecido a nivel internacional por los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre la cuestión⁶⁶². Destacables son, al respecto, el Convenio número 97, sobre trabajadores migrantes, y el Convenio número 102, sobre norma mínima de Seguridad Social. El primero de ellos estableció, en su artículo 6.1 b). ii) que *todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las siguientes materias [...] la Seguridad Social*. Por su parte, el segundo, en el artículo 68.1 establece que *los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales. Sin embargo, podrán prescribirse disposiciones especiales para los no nacionales nacidos fuera del territorio del Miembro, en lo que respecta a las prestaciones o parte de las prestaciones financiadas exclusivamente o de manera preponderante con fondos públicos*. De esta forma, en estos convenios citados paradigmáticamente, se pone de manifiesto cómo este derecho es susceptible de sufrir modulaciones en su reconocimiento por parte de los Estados sobre la base de la residencia en combinación con las autorizaciones administrativas, siempre y cuando no sean inferiores ni al contenido esencial ni al umbral mínimo estandarizado internacionalmente.

Hechas estas precisiones y como consecuencia de la equidad e igualdad vigente, al igual que el trabajador nacional, el extranjero tiene que cumplir obligatoriamente –ex artículo 12 de la Ley General de Seguridad Social- los requisitos de encuadramiento exigidos a toda persona trabajadora, procediendo a su afiliación, alta y cotización para

calificado como confuso, ininteligible, repetitivo de contenidos y técnicamente deficiente, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, “Artículo 14. Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales”, en *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería e integración social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 253 y ss.; o como asistemático e impreciso, MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., “Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (coords.), cit., p. 375; o como complejo y no coordinado, LÓPEZ CUMBRE, L., “La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros”, *Revista Tribuna Social*, núm. 187, 2006, p. 14.

⁶⁶² En relación a los mismos y sobre su trascendencia, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La Seguridad Social y la OIT”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (coords.), cit., pp. 179-189; SÁNCHEZ PÉREZ, J., *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, cit., pp. 32-37.

la adecuada obtención de las prestaciones contributivas. Para que ello ocurra de un modo correcto, en el caso de que sea un trabajador extranjero por cuenta ajena, especial relevancia tiene el empleador en dos momentos: el primero está en conexión con el derecho al trabajo, pues para que éste se haga efectivo, según el artículo 36.4 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, es el empleador el que debe de solicitar la autorización de trabajo exigida a las personas extranjeras mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional; el segundo es en relación a la eficacia de la propia autorización administrativa anterior, pues para que tenga validez, pueda trabajar la persona y se encuadre en el sistema, es al empleador a quien corresponde el alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de tres meses –*ex* artículos 63.1 y 173. 1 del Real Decreto 557/2011-. Ante el supuesto de un trabajador por cuenta propia, será él mismo el que se dé de alta en idéntico plazo, dote de eficacia a su autorización de trabajo por cuenta propia y se encuadre en el sistema, según se fija también en el artículo 108.5 del Real Decreto 557/2011. Además, esta previsión tendrá que atender al desarrollo concreto del procedimiento al respecto establecido con carácter general en los artículos 7 a 14 y 97 a 102 de la Ley General de Seguridad Social, así como al Real Decreto 84/1996, sobre Inscripción de Empresas, Altas y Bajas de los Trabajadores, junto a los preceptos de las normas reguladoras de los regímenes especiales delimitadores de su campo de aplicación.

Es, particularmente, el procedimiento relativo al encuadramiento del trabajador extranjero el que la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009, ha complejizado. Es así porque introdujo un vacío legal sobre la propia situación de la persona durante un tiempo, que es susceptible de ser perjudicial para la misma en su condición de trabajadora por cuenta ajena. Con anterioridad al vigente marco jurídico-legal y respecto a esta cuestión concreta, implícitamente se entendía que el empleador procedía a dar de alta al trabajador extranjero en el momento en que empezase a trabajar en virtud de la vigencia de la autorización de trabajo y de la obtención del visado. Sin embargo, con la explicitación legal manifestada y con el plazo reglamentario de tres meses introducido, se da pie al empleador para que no actúe conforme a la legalidad, cometiendo éste una infracción grave –*ex* artículo 53.2 a) de la vigente Ley Orgánica 4/2000-. Se ha de sobreentender que éste lo dará de alta en tanto

en cuanto comience a desarrollar su actividad laboral⁶⁶³, pero si no lo hace así, dispone de un plazo de tres meses en el que puede tener empleado al trabajador de forma irregular sin darlo de alta. Si ello es así, una tercera persona ubica en una situación de desprotección al trabajador extranjero, pero no ya sólo en el ámbito laboral, sino también en el ámbito general social, pues la eficacia de esta autorización de trabajo es clave para la posición y estatus jurídico de la persona en el seno de la sociedad. Es más, transcurrido este plazo sin haberse producido el alta, la persona extranjera estaría obligada a salir de España y, en el caso de que no obrase así, sería sancionada económicamente o sería expulsada del territorio nacional –*ex* artículo 53.1 a) de la vigente Ley Orgánica 4/2000-, conllevando la extinción automática de cualquier autorización administrativa para permanecer. Sin duda, hacer depender de un empleador, durante un tiempo, la regularidad o irregularidad administrativa de la persona extranjera trabajadora por cuenta ajena no se puede catalogar como un avance, sino más bien como un retroceso que afecta, precisa y regresivamente, al estatuto de derechos sociales de ciudadanía de la persona. Más significativamente aún, para la efectividad al derecho a la Seguridad Social y en orden a las prestaciones que pudieran corresponderle del período trabajado sin dar de alta. *A sensu contrario*, habiendo introducido plazos, debería de haberse incluido no éste concreto que se ha aludido, sino el que fija el comienzo de la relación laboral habiendo realizado ya la afiliación y el alta en el sistema de Seguridad Social⁶⁶⁴.

⁶⁶³ En el marco del régimen general de autorizaciones de residencia y trabajo, se ha expresado que en el Real Decreto 557/2011, con la introducción del citado plazo, se ha rodeado de una nota de esencialidad al cumplimiento, por parte del empleador, del requisito de formalizar el alta del trabajador en el régimen de Seguridad Social adecuado, MOLINA HERMOSILLA, O. y VELA DÍAZ, R., “El esperado reglamento de extranjería: principales novedades en la regulación de la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”, cit., p. 123.

⁶⁶⁴ Se concretaría así la situación del trabajador extranjero una vez obtenido el visado y habiendo entrado en España hasta el momento de alta, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La nueva vinculación con el alta del trabajador en la Seguridad Social para la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., p. 586. Incidiendo en la involución que implica esta novedad, IBÍDEM, “La protección de seguridad social del trabajador inmigrante extracomunitario (puntos críticos de la reforma), en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 601-611. En sentido contrario, GARCÍA MUÑOZ, M., “La protección social de los extranjeros extracomunitarios en situación regular”, en *La protección social de los extranjeros en España*, AA. VV., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.), cit., pp. 141-142.

Pese a este retroceso, sí se ha de valorar positivamente el avance experimentado en la protección social del trabajador extranjero en relación a su derecho a la Seguridad Social en el nivel contributivo de la misma, sobre todo en su perspectiva histórica. En la evolución experimentada, se ha de partir del hecho de que en la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, no se prestó ninguna atención al derecho a la Seguridad Social de las personas extranjeras, con lo que el legislador del momento no consideraba oportuna y/o necesaria la afiliación y alta del trabajador extranjero inmigrante y, ni si quiera, su igualdad de trato con los restantes trabajadores. Esta ley, respetó así y siguió la tendencia excluyente ya presente en ese momento en la Ley General de Seguridad Social, pues sólo reconocía una equiparación a los españoles en el reconocimiento de este derecho para los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, siempre y cuando residiesen y se encontrasen legalmente en España⁶⁶⁵. El avance y el cambio, vino con la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Ésta introdujo no un simple cambio en la Ley General de Seguridad Social y en su espíritu respecto a esta cuestión, sino una auténtica y genuina modificación de calado que cambió el sentido, alcance y ámbito subjetivo del derecho a la Seguridad Social en su nivel contributivo de las personas extranjeras⁶⁶⁶. En el reformado artículo 7.1 de la Ley General de Seguridad Social, se incluyó para todos los extranjeros, cualquiera que fuese su nacionalidad, el derecho de acceso al nivel contributivo del sistema de Seguridad Social, en cuanto residiesen y trabajasen legalmente. Este cambio en la Ley General de Seguridad Social, fue adoptado ya por la inicial Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, manteniéndose en las reformas posteriores de ésta, con lo que es manifiesta la coordinación técnico-jurídica entre ambas legislaciones en el reconocimiento del derecho y sus implicaciones en el ejercicio del mismo.

⁶⁶⁵ Se ha apuntado que este artículo 7 de la Ley General de Seguridad Social generaba discriminación entre el colectivo extranjero por motivos de nacionalidad, MALDONADO MOLINA, J. A., “El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., p. 269.

⁶⁶⁶ Rompe así con la tendencia apuntada y consolidada tanto en la Ley General de Seguridad Social, Texto Refundido, Decreto Legislativo de 30 de mayo de 1974, en su redacción originaria, como en la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Por otra parte, en este análisis del derecho a la Seguridad Social en su nivel contributivo para la persona extranjera, también se ha de atender a las particularidades, el sentido y el alcance de este derecho para aquéllas que se encuentran en situación administrativa irregular. *A priori*, si el legislador, por medio de las Leyes Orgánicas 14/2003 y 2/2009, no hubiese introducido mención alguna al trabajo de las personas extranjeras carentes de las correspondientes autorizaciones administrativas, se debería entender que ésta no tiene derecho de acceso al sistema de Seguridad Social en su nivel contributivo ni a las prestaciones correspondientes. Sin embargo, el legislador fue consciente de la realidad del trabajo de las personas extranjeras inmigrantes que se encuentran en situación administrativa irregular y procedió a su regulación. Lo hizo en las reformas de la Ley Orgánica 4/2000 ya apuntadas y sobre un criterio de igualdad del trabajo prestado, sobre el trabajo mismo de la persona independientemente a su nacionalidad y condición, declarando inicialmente por medio de la Ley Orgánica 14/2003, la validez del contrato de trabajo, generando responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social así como el reconocimiento de los derechos del trabajador extranjero y la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle –*ex artículo 36.3-*. Doctrinal y jurisprudencialmente se abrió un debate de diferentes sentidos y alcances atendiendo a una gran disparidad de criterios técnico-jurídicos⁶⁶⁷ y así como de marcado carácter político, sobre todo en relación al derecho a la Seguridad Social del trabajador extranjero en su nivel contributivo y las prestaciones correspondientes. En cualquier caso, al margen de los mismos, por ser considerada jurídico-legalmente la persona extranjera en cuanto trabajadora *de facto*, y reconocérsele el conjunto de derechos que derivan de la actividad laboral, tanto laborales como de protección social y, por ende, incluido el de Seguridad Social, se entendía atribuida la titularidad y el ejercicio del mismo en su nivel contributivo. Más aún cuando, en este caso concreto, el criterio de la *lex loci laboris* implicaba implícitamente que la persona trabajadora debía de ser incluida en el sistema de

⁶⁶⁷ *Vid.*, al respecto, ilustrativamente, AZÓN VILAS, F. V., “Sobre la progresiva tendencia a la protección social de los inmigrantes irregulares: la STS (sala 4ª) de 29 de septiembre de 2003”, *Revista de Derecho Social*, núm. 24, 2003, pp. 151–161; CHARRO BAENA, P., “La doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre los derechos laborales y de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 347, pp. 119-146.

prestaciones de la Seguridad Social como consecuencia de un contrato de trabajo plenamente válido y como una condición de trabajo más.

Una situación, por tanto, acorde con el artículo 42.2 del Real Decreto 84/1996, sobre Inscripción de Empresas, Afiliación, Altas y Bajas en el Sistema de Seguridad Social, en la redacción otorgada por el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, cuando *in fine* establece que *los extranjeros que, precisando autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley*. Desde la técnica jurídica, *stricto sensu*, el trabajador extranjero en situación administrativa irregular tenía derecho a las prestaciones del sistema de Seguridad Social aún permaneciendo éste fuera del mismo, ya que sólo se reconocía el acceso para aquellos que se hallasen residiendo y trabajando con las correspondientes autorizaciones administrativas. Ahora bien, explícitamente, no se sabía si estas prestaciones eran las de naturaleza profesional o las comunes. Implícitamente, se debían de entender las primeras, porque el derecho estaba otorgado a la persona extranjera en su condición de trabajadora, más aún teniendo presente el artículo 42.2 del Real Decreto 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripciones de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social⁶⁶⁸.

Posteriormente, la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, no sólo cambió la ubicación de este precepto –como ya se apuntó–, ya que pasó a ser el 36.5, sino también su sentido y alcance, particularmente en relación al derecho a la Seguridad Social de las personas extranjeras en situación administrativa irregular. Fue clave en ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, pues disoció la protección de carácter laboral de la social que le correspondía al trabajador extranjero

⁶⁶⁸ Se señala expresamente en el mismo que, *con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida.*

inmigrante en situación administrativa irregular, atribuyendo la primera y negando puntualmente la segunda, sobre todo en el orden a determinadas prestaciones. Una doctrina jurisprudencial claramente restrictiva que fue trasladada al texto vigente de la Ley Orgánica 4/2000⁶⁶⁹. En el mismo y, por tanto, actualmente, se reconoce igualmente la responsabilidad del empresario en materia de Seguridad Social⁶⁷⁰, pero el contrato de trabajo válido supone la *obtención de prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores*⁶⁷¹ u otras que pudieran corresponderle. Así, la cuestión anteriormente abierta a interpretación sobre las prestaciones correspondientes, el legislador la ha aclarado⁶⁷². Con la última reforma se ha establecido y está vigente el derecho a acceder a todas las prestaciones del sistema de Seguridad Social –contempladas o no en los convenios internacionales-, independientemente al origen profesional o común de éstas⁶⁷³.

⁶⁶⁹ Sobre esta influencia, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y el anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 21, 2009, pp. 99-101

⁶⁷⁰ En este caso concreto, estas responsabilidades se asimilan al pago de las prestaciones correspondientes. En la normativa de Seguridad Social se especifican dos más: tanto la afiliación y alta, como el cotizar. En este supuesto, la primera no es posible para el trabajador extranjero en situación administrativa irregular y, la segunda, tampoco, al no poder incluirse este trabajador en los regímenes del sistema de Seguridad Social. Sobre la imposibilidad de ésta última, MONTOYA MEDINA, D., “Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 144, 2009, pp. 879-881. Asimismo, SÁNCHEZ PÉREZ, J., *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, cit., pp. 28-29.

⁶⁷¹ Se hace referencia implícita a la armonización con los Convenios Internacionales suscritos por España. Más concretamente, a los Convenios nº 19 y 97 de la Organización Internacional del Trabajo, así como al conjunto de tratados bilaterales que en materia de Seguridad Social se han firmado con los países emisores de personas inmigrantes. De destacar es el hecho de que el citado Convenio 19 establece el principio de igualdad de trato entre extranjeros y nacionales en las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, muy especialmente en relación a los accidentes de trabajo. Por su parte, el Convenio 97, como se ha advertido ya, incorpora un conjunto de derechos para extranjeros en situación administrativa regular en el territorio de los Estados parte sometidos en su reconocimiento a la regla de la reciprocidad. Particularmente, SEMPERE NAVARRO, A. V., “Accidente laboral de extranjero sin permiso”, en *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, AA. VV., DOMBLÁS, M^a A. y FERNÁNDEZ BARAIBAR, M. (coords.), Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 363 y ss.

⁶⁷² En momentos anteriores a esta última reforma, doctrinalmente se solicitaba una aclaración legal de la interpretación del artículo 36.3, a fin de dotarlo de coherencia, MOLINA NAVARRETE, C., “La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: clave de gestión de la diversidad cultural en el trabajo”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: balance y perspectivas de futuro*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 96-100.

⁶⁷³ Resaltando esta cuestión, BARCELÓN COBEDO, S., “Derechos socio-laborales de los extranjeros: el nuevo contenido de los artículos 10 y 14.1”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO*

Sin embargo este derecho no es incondicionado, sino que presenta límites concretos claramente expresados y deducibles del mismo precepto⁶⁷⁴: en primer lugar, las prestaciones tienen que ser compatibles con la situación jurídica del extranjero en España; en segundo lugar, el reconocimiento de prestaciones a la persona extranjera en situación administrativa irregular no supone la modificación de su situación administrativa; y, en tercer lugar, expresamente se excluye la prestación por desempleo, posteriormente analizada. En consecuencia, este derecho a las prestaciones de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular ha experimentado un conjunto de avances y retrocesos significativos en los últimos tiempos, si bien con una tendencia en la que se entremezclan ambos, no existiendo una evolución desde el retroceso al avance, como acontece con otros derechos sociales fundamentales.

3.1.2.- Nivel no contributivo

Al igual que sucede para el derecho a la Seguridad Social en su nivel contributivo, para el mismo derecho pero en su nivel no contributivo es clave la configuración legal que presenta. En esta ocasión, también son esenciales tanto la propia

2/2009), AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J., MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., pp. 84-85; RAMOS QUINTANA, M^a I., “La aclaración legal del alcance de la protección social del trabajador extranjero irregular. Especial referencia a la protección por desempleo”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., p. 649. Particularmente, sobre las mismas, QUINTERO LIMA, M^a G., “El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales” y GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes”, en *La protección social de los extranjeros en España*, AA. VV., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.), cit., pp. 201 y ss. Resaltando el caso de la protección por contingencias profesionales, RUBIO VELASCO, M^a F., “La protección por contingencias profesionales de los trabajadores extranjeros irregulares”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 653-657.

⁶⁷⁴ Esta situación ha llevado a advertir que este artículo 36.5, en relación a la evolución experimentada, recoge la interpretación más restrictiva respecto al reconocimiento de prestaciones derivadas de contingencias comunes al trabajador en situación administrativa irregular, CHARRO BAENA, P. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Artículo 36. Autorización de residencia y trabajo”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., pp. 651-652.

Ley General de Seguridad Social como la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Respecto a la primera, es necesario atender al artículo 7.5, en el que se establece que sólo los hispanoamericanos, portugueses –éstos se deben de entender excluidos, porque se les aplica la legislación comunitaria-, brasileños, andorranos y filipinos residentes en España se equiparan a los españoles en relación al acceso a las prestaciones no contributivas. Por tanto, *a priori*, establece un ámbito subjetivo de extensión muy reducido. Éste, *a posteriori*, es ampliado, pero no incondicionadamente, sino tan sólo en función de lo que establezcan y dispongan los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados, o cuando sea posible en función de la reciprocidad tácita o expresamente reconocida. Por tanto, queda recogido de forma compleja el reconocimiento y ejercicio de este derecho, pues remite a terceros instrumentos normativos de carácter internacional, así como a la reciprocidad.

Esta última, siguiendo el principio de *lex posterior derogat lex anterior*, se ha de entender que no tiene hoy contenido ni significación alguna, ya que desde la aprobación de la versión inicial y originaria de la Ley Orgánica 4/2000, la inclusión en el campo de aplicación de este nivel no contributivo o su acción protectora no se condiciona al trato dispensado a las personas de nacionalidad española por el ordenamiento jurídico del que el extranjero es nacional⁶⁷⁵. Ahora bien, se ha de tener presente que el artículo 42 del Real Decreto 84/1996 establece la posibilidad de que se haga efectiva una reciprocidad - expresa o tácitamente reconocida- sobre las personas extranjeras en situación administrativa irregular. Desde una interpretación excesivamente formal y rigurosa del mismo, sería posible comprender un reconocimiento de la igualdad de trato –en su totalidad o parcialmente- en materia de Seguridad Social para las personas extranjeras en situación administrativa irregular cuando el Estado del que son nacionales adopte

⁶⁷⁵ Sobre el mismo y sus implicaciones, previamente a la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, RAMOS QUINTANA, M^a I., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 179. *A posteriori* de la aprobación de ésta, en consonancia, se ha manifestado que el artículo 10 y 14 de la vigente Ley Orgánica 4/2000 ha supuesto el abandono del modelo tradicional de tutela social fundamentado en el principio de reciprocidad, por el de residencia legal en consonancia con la regulación vigente en otros países europeos sobre la materia, FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., p. 169. Asimismo, se ha reconocido a este principio de reciprocidad el mérito de ser causa de ruptura de la vocación de protección limitada a los nacionales del sistema de seguros sociales de un determinado Estado, JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 196.

idéntica actitud con los españoles que se encuentren también en situación administrativa irregular en el Estado que se trate⁶⁷⁶. Cuestión distinta es que un reglamento, reformado en el año 2005, sea el instrumento jurídico más adecuado para proceder a establecer una equiparación de este significado y calibre.

Por su parte, la segunda, simplificando inicialmente esta complejidad establecida en la anterior, sobre todo en materia de nacionalidades y derecho internacional, simplemente fija en el artículo 14.1, sobre el idéntico criterio de residencia –legal, se sobreentiende–, que los extranjeros tienen *derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*. Prestaciones y servicios, por descarte interpretativo, del nivel no contributivo del sistema de Seguridad Social, pues el acceso al nivel contributivo se fija, como se ha analizado, en el artículo 10.1. De este intento simplificador mediante el establecimiento de una regla general, se deriva una consecuencia significativa posterior en clave interpretativa que manifiesta una cierta descoordinación entre ambas leyes reguladoras –derivada en parte, también, de la no clara regulación general del derecho a la Seguridad Social en la vigente Ley Orgánica 4/2000–: la existencia de una antinomia regulativa entre el artículo 14.1 de ésta, debido a la mención expresa a las mismas condiciones que los españoles, y el artículo 7.5 de la primera, ante la mención expresa realizada a países que han tenido vínculos históricos con España⁶⁷⁷.

Para superar esta circunstancia del ámbito subjetivo de reconocimiento de este derecho, la correcta interpretación coordinada entre ambas Leyes, necesariamente, ha de partir no sólo de la carencia de significación actual del artículo 7.5, sino también de la naturaleza social protectora que tiene el derecho a la Seguridad Social en el que se incluye. Sobre todo, atendiendo a la cobertura dispensada universalmente por este nivel

⁶⁷⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “Artículo 7. Extensión del campo de aplicación”, en *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, AA. VV., MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.), CASTRO ARGÜELLES, M^a A. (coord.), La Ley, Madrid, 2009, pp. 60-61.

⁶⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, “Artículo 14. Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales”, en *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería e integración social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 254-255. Incluso, yendo más allá, se ha apostado por una superación de esta antinomia comprendiendo al artículo 14 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, como la regla general, y al artículo 7.5 de la vigente Ley General de Seguridad Social, como una regla especial que introduce el condicionamiento de las prestaciones no contributivas a la residencia legal, JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 199.

no contributivo en aras de otorgar servicios y prestaciones ante situaciones acreditadas de necesidad por las personas, independientemente a su nacionalidad. Ahora bien, no más allá de su condición administrativa, pues la residencia exigida no sólo es material, sino también formal, que presupone como mínimo la posesión del permiso de residencia.

Para el acceso a este nivel de prestaciones y cobertura del mismo, el desarrollo de una actividad profesional es secundario, si bien para la persona extranjera, con carácter general, su residencia está ligada al desarrollo de una actividad laboral y a la autorización de trabajo, lo que manifiesta una contradicción interna en relación al sentido y alcance de este derecho para las personas extranjeras inmigrantes en situaciones de necesidad. Si en esta situación queda una persona de por sí cuando ni tiene un trabajo ni la cobertura del nivel contributivo, más relevancia adquirirá ésta para la persona extranjera, al estar vinculada la autorización de trabajo no sólo a tener el mismo, sino también al permiso de residencia y, si se carece de la primera, el segundo no se puede renovar, salvo que se esté disfrutando de una prestación contributiva por desempleo o una prestación económica asistencial pública para su inserción social o laboral –*ex* artículo 38.6 b) y c) de la vigente Ley Orgánica 4/2000-. Precisamente, se está dificultando legal e implícitamente el derecho de acceso a las prestaciones de este nivel a un colectivo de personas extranjeras en clara y evidente situación de necesidad ante las constantes y continuadas solicitudes de renovación de las anteriores, salvo que éstas hayan accedido a la situación de residencia de larga duración regulada en el artículo 32 de la vigente Ley Orgánica 4/2000.

En cualquier caso, pese a esta circunstancia y partiendo de la complejidad legal interpretativa de este derecho⁶⁷⁸, se puede calificar la regulación jurídico-legal vigente del mismo como abierta y tendente a una equiparación selectiva y progresiva sobre una dispersión de criterios e intereses nacionales españoles en el ámbito internacional y no sobre la propia naturaleza, condición y razón de ser socioprotectora del derecho. Ésta queda en un segundo plano y se pliega ante los primeros. Ahora bien, también esta

⁶⁷⁸ Al respecto, se apela a la necesidad de una interpretación conjunta sistemática *ad intra* –con otros artículos de la vigente Ley Orgánica 4/2000- y *ad extra* –con otras normas del ordenamiento-, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Artículo 14. Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., p. 244.

equiparación es amplia, pues son numerosos los tratados, los acuerdos, los convenios o cualquier otro tipo de los mismos, que incluyen una regulación expresa y específica de la materia, bien con un determinado Estado o bien con varios en su conjunto⁶⁷⁹. Además, con dos matices adicionales clave: de un lado, los Estados parte suelen ser países emisores de inmigración cuyo colectivo tiene un peso relevante entre la población extranjera en España; y, de otro lado, son sucesivas en el tiempo la firma de estos instrumentos internacionales, con lo que está en desarrollo y construcción progresiva constante en el tiempo la cobertura otorgada por estas prestaciones a las personas extranjeras inmigrantes en forma de derecho de acceso a las mismas del nivel no contributivo. Renace así, limitadamente, el concepto de ciudadanía más estricto en relación a la nacionalidad en sentido excluyente –pese a la cesión en esta materia que implica para ambos Estados- y no en términos inclusivos, como se ha apuntado la necesidad de repensar a ésta.

Precisamente, esta necesaria ciudadanía de derechos en términos inclusivos y sobre criterios de residencia material –y no formal, sobre la base de la exigencia de las correspondientes autorizaciones administrativas al efecto- no ha sido tomada en cuenta en la regulación de este derecho al acceso al nivel no contributivo del sistema de Seguridad Social para las personas extranjeras en situación administrativa irregular. Es un retroceso al respecto la no regulación jurídico-legal de este derecho para estas personas. El artículo 14.1, con su silencio en relación a esta cuestión, las excluye de su acceso, cuando precisamente es un colectivo que, particularmente, sí que tiene demostradas situaciones de necesidad, pues sus miembros se suelen ubicar en la frontera de la exclusión social, si no han caído en ésta. El artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, no se puede aplicar a los mismos ni los incluye en su ámbito subjetivo. Además, obvia el artículo la posible situación de irregularidad sobrevenida del trabajador extranjero, ya que éste ha podido realizar previamente las correspondientes cotizaciones habiendo estado dado de alta en la Seguridad Social y estando en posesión de la autorización de trabajo. Por el contrario, es un artículo

⁶⁷⁹ Una sistemática relación de los mismos, BARRIOS BAUDOR, G. L. y CHARRO BAENA, P., “El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas”, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, AA. VV., Tomo II, cit. pp.1223-1229. Analizando desde una perspectiva técnico-jurídica los convenios bilaterales en esta materia, ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., pp. 217 y ss.

dedicado a la persona extranjera trabajadora en situación administrativa irregular, y por ende, incluye, sobre los fundamentos y las puntualizaciones ya apuntadas, el acceso a las prestaciones del sistema en su nivel contributivo –las contempladas en convenios internacionales- y no a las del no contributivo, ya que la referencia a *otras* (prestaciones) *que pudieran corresponderle* es a los servicios y prestaciones sociales básicas y externas al sistema reconocidas en el artículo 14.3 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, por la mención expresa que presenta este precepto a la independencia respecto a la situación administrativa de la persona para el acceso a las mismas. En consecuencia, para estas personas, el derecho de acceso al sistema de prestaciones del nivel no contributivo dentro del general derecho social fundamental a la Seguridad Social, no es un derecho social de integración y sí de exclusión. O, directamente, se encuentran excluidas de este derecho, porque un derecho no es tal si no se reconoce su titularidad y su ejercicio –independientemente a su configuración legal o no-.

3.1.3.- El paradigma de una política jurídica de exclusión y de mercantilización del trabajador extranjero inmigrante: el derecho a la prestación por desempleo y su nueva modalidad de capitalización

El artículo 41 de la Constitución, en el marco de un régimen público de Seguridad Social -por tanto, en las prestaciones en forma de derechos a derivadas del mismo-, encarga específicamente a los poderes públicos la garantía de la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Es más, menciona expresamente el desempleo en términos de especialidad. En consecuencia, el derecho a las prestaciones por desempleo ha de ser considerado un derecho social cuya fundamentalidad material radica no sólo en la citación constitucional del mismo a modo ejemplificador, sino también en la finalidad de dar cobertura a posibles situaciones de necesidad de personas que han perdido su empleo y, por tanto, su fuente de ingresos profesionales⁶⁸⁰. Mayor sentido y alcance adquiere, aún, en el contexto del modelo de

⁶⁸⁰ Se ha ido más allá e incluso se ha manifestado que el desempleo es un factor de desmoralización, al dejar sin empleo a personas aptas para el trabajo, frente a otros riesgos como la enfermedad, que producen una incapacidad de trabajo, DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y

Estado social vigente y las implicaciones que ello conlleva, en aras de evitar una exclusión social de sus integrantes y asegurar un mínimo de vida digna a todos⁶⁸¹, indistintamente a su nacionalidad y condición.

En el caso concreto de las personas extranjeras, sin embargo, éstos últimos aspectos, como ya se ha puesto de relieve, tanto en la Ley General de Seguridad Social como en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social –en sus distintas versiones tras las reformas experimentadas- no son obviados por el legislador para dar cumplimiento efectivo al auténtico y genuino sentido de la protección por desempleo. Al contrario, son elementos que han sido tenidos muy presentes en la configuración jurídico-legal del derecho a la misma. Tal ha sido la situación, que ha experimentado avances y retrocesos no sólo la titularidad y ejercicio del derecho a la protección por desempleo, sino que también se han establecido novedades significativas en orden a la posible capitalización de la propia prestación.

En consonancia, el derecho a la protección por desempleo de las personas extranjeras se ha venido sometiendo a la lógica y espíritu de la política jurídica reguladora de la inmigración extranjera en España en cada momento. Y lo ha hecho tanto en el supuesto de que estas personas se hallasen en situación administrativa irregular o regular. Actualmente, para las primeras, en forma de exclusión de un derecho social con una mención expresa en el único artículo de la vigente Ley Orgánica 4/2000 que regula específicamente el estatuto sociolaboral de las mismas; y, para las segundas, mercantilizándolas en un contexto de crisis de empleo impulsando el retorno a sus países de origen.

A) La exclusión del derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero en situación administrativa irregular. Análisis jurídico-crítico conjunto de la doctrina del Tribunal Supremo y de su incorporación en la vigente Ley Orgánica 4/2000

estudio preliminar sobre *la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social* por VIDA SORIA, J., cit., p. 278.

⁶⁸¹ Sobre este rol protector, MONEREO PÉREZ, J. L., *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 9-38. Asimismo, DE LA CASA QUESADA, S., *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, pp. 77-82.

La aprobación de las Leyes Orgánicas 14/2003 y 2/2009, de reforma de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, implicaron la introducción y la reforma posterior del artículo 36.3 –pasando a ser el 36.5-, respectivamente. En esta evolución, ha sido constante una dialéctica interpretativa en forma de avances y retrocesos del sentido y alcance del mismo en relación al estatuto de derechos sociolaborales del trabajador extranjero de hecho con respecto al trabajador extranjero de derecho. Hasta que, en la regulación vigente, imperan los retrocesos y la exclusión. El paradigma lo constituye el derecho a la prestación por desempleo, negado expresamente para éstos en el artículo 36.5.

Es cierto que, desde la primitiva introducción del artículo 36.3 hasta marzo del 2008, desde una perspectiva político-jurídica, se tendió a equiparar a todos los trabajadores extranjeros indistintamente a su condición administrativa, sobre la base fáctica de la realización de una actividad laboral. Se consideró así el trabajo como un elemento de integración e inclusión social, en clara consonancia con el carácter inherente del Derecho Social del Trabajo. Si, en lo que toca al aspecto estrictamente del estatuto jurídico-laboral ha existido mayor unanimidad –doctrinal y jurisprudencial- en el momento de atribuir derechos a los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular⁶⁸², en parte también derivados de la doctrina del Tribunal Supremo –traspuesta al inicial artículo 36.3- de otorgar plena validez al contrato de trabajo de un trabajador en situación administrativa irregular; sin embargo, para la progresiva equiparación en materia de Seguridad Social entre trabajadores extranjeros no ha existido tanta convergencia –sobre todo en relación al derecho a la protección por desempleo⁶⁸³-, sino más bien al contrario, pues han sido varias las tendencias

⁶⁸² Monográficamente, desde esta perspectiva, *vid.*, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., *passim*. Desde una perspectiva más amplia en relación al estatuto sociolaboral de los extranjeros, *vid.*, CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 389-484; FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., pp. 73-194; VALDUEZA BLANCO, M^a D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 268-360.

⁶⁸³ Sistemáticamente, sobre la misma, DE LA CASA QUESADA, S., *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, cit., pp. 224-227; CHARRO BAENA, P., “La doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre los derechos laborales y de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular”, cit., pp. 132.138; ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 185-208.

jurisprudenciales de distintos Tribunales Superiores de Justicia –secundados igualmente por el posicionamiento de la doctrina científica- los que han ido provocando en la realidad del derecho a la Seguridad Social de los extranjeros avances y retrocesos, en algunos casos contradictorios entre sí. En este contexto, ante la gran controversia generada, se halló la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, que clarificó y unificó tendencias jurídico-políticas para otorgar o denegar, particularmente, la protección por desempleo a los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular. Una doctrina claramente reflejada en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Tal y como se manifestó en el fundamento de derecho primero de la citada Sentencia, la cuestión nuclear resuelta es si el trabajador extranjero, careciendo de permiso de residencia y de autorización de trabajo, tiene derecho –o carece del mismo- a inscribirse como demandante de empleo y percibir las correspondientes prestaciones de desempleo de la Seguridad Social que le corresponden por el tiempo trabajado por cuenta ajena para una empresa sin ser dado de alta en la Seguridad Social, cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme. Este planteamiento de fondo se encontró sobre un litigio de casación para la unificación de doctrina, por la existencia de dos sentencias totalmente opuestas y contradictorias en los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid y de Castilla y León⁶⁸⁴, al examinar asuntos muy similares con la única diferencia de la nacionalidad del sujeto.

La Sentencia analizó con profundidad el derecho a la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros y, más concretamente el derecho de acceso a la prestación por desempleo. Lo realizó desde el marco jurídico regulador internacional, el nacional-legal y el jurisprudencial, para llegar a la conclusión de que los trabajadores extranjeros inmigrantes que se encuentren en España en situación administrativa irregular no tienen derecho a percibir la prestación por desempleo, por más que hayan sido trabajadores *de facto* realizando su actividad por cuenta ajena. Para esta exclusión, en la doctrina establecida por ella se fijó, reiteró y recalcó la necesidad de cumplir con el requisito

⁶⁸⁴ Respectivamente, STSJ de Madrid, sala de lo Social, de 16 de enero de 2007 y STSJ de Castilla y León –sede de Valladolid-, sala de lo Social, de 21 de noviembre de 2005. La primera sostiene que el trabajador extranjero carece de derecho a la protección por desempleo sobre una interpretación restrictiva del artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000 en relación con el articulado de la Ley General de Seguridad Social. La segunda, sostiene exactamente lo contrario desde el mismo artículo.

obligatorio del trabajador para tener acceso a esta protección: el estar en posesión de todas las autorizaciones administrativas que fija al efecto la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, muy especialmente, el permiso de residencia. Este fue el aspecto clave que resaltó el fallo y que la última reforma de la misma siguió.

Pero es que a la vez, de una forma directa, con este pronunciamiento, el Tribunal Supremo desautorizó a los jueces de los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas que venían reconociendo el derecho a la prestación. Para ello, partiendo del –en su momento- artículo 36.3 y la validez del contrato, cada uno de los mismos que se mostraban conformes para otorgar tal protección por desempleo, se amparaban en el hecho de que cualquier trabajador extranjero en situación administrativa irregular podía activar ante los Juzgados de lo Social una reclamación por despido y obtener una declaración de improcedencia, con la correspondiente indemnización y devengo de salarios de tramitación. Así es como una vez declarada la improcedencia del despido, el trabajador extranjero tenía derecho a inscribirse como demandante de empleo y a percibir las prestaciones por desempleo que pudieran corresponderle por el tiempo trabajado, por más que hubiese sido en situación administrativa irregular⁶⁸⁵.

Frente a estos planteamientos, esta Sentencia del Tribunal Supremo hila muy fino desde la perspectiva jurídica, ofreciendo una completa y fundamentada argumentación no sólo basada en la Ley Orgánica 4/2000 vigente en ese momento, sino también en la Ley General de Seguridad Social, en concordancia con la propia Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta argumentación fue punto inicio de una nueva doctrina jurisprudencial y jurídico-legal unificada sobre la protección por desempleo del trabajador extranjero en situación administrativa irregular,

⁶⁸⁵ Un pronunciamiento muy importante que reconoció la protección por desempleo para el trabajador extranjero en situación administrativa irregular fue la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007. *Vid.*, un comentario de la misma, las implicaciones que conlleva y de algunos planteamientos recogidos posteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La Seguridad Social y la protección por desempleo de los extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007, Sala de lo Social, Sección 1”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 13, 2007, pp. 87-104. *Cfr.*, FERNÁNDEZ COLLADOS, B., “Más doctrina judicial sobre los derechos de los extranjeros irregulares ante el nivel contributivo de la Seguridad Social. Comentario a la SSTSJ de Cataluña 15-11-2006 y del País Vasco 13-2-2007”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 11, 2007.

tal y como se muestra en el artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000. En este sentido, toda su trama de fundamentos jurídicos se basa en el conjunto de temas centrales jurídico-políticos y aspectos siguientes: la situación administrativa del trabajador extranjero como condicionante del derecho a la prestación por desempleo; la interpretación restrictiva del artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000; el rol desempeñado por el empresario; y la posible regularización encubierta extranjeros en situación administrativa irregular.

A.1.)- Autorizaciones administrativas y derecho a la protección por desempleo

Como ya se ha apuntado, la política jurídica de derechos desprendida de la Ley Orgánica 4/2000, a lo largo de sus distintas reformas, se ha venido articulando entorno a las autorizaciones administrativas de trabajo y residencia. Las mismas han sido claves para el estatuto jurídico de derechos de la persona. El origen de esta tendencia se vincula al carácter económico-laboral de la inmigración extranjera. Esta relación pretende claramente controlar y ordenar los anteriores a través de las mismas⁶⁸⁶. Así es como, en muchos casos, a la persona inmigrante extranjera se le añade la condición de trabajadora. Ésta bien puede entrar en España por los cauces que la legislación establece al efecto y cumplir con todos los requisitos administrativos –situación regular- o bien puede no cumplirlos, entrar y encontrarse en España no habiendo observado los requisitos administrativos al efecto, encontrándose, por ende, en situación irregular. Aquí es entonces donde el derecho y la política del mismo halla y establece una distinción de gran alcance entre dos personas iguales en su condición de trabajadoras, pues uno será trabajador de *iure* y otro de *facto*. Todo ello para, pese a esta desigualdad, garantizar un trato justo entre residentes legales y nacionales tal y como se pone de relieve en el fundamento de derecho cuarto de la citada Sentencia, a la vez que se margina y excluye de este trato equivalente o equitativo a aquellas personas que su

⁶⁸⁶ Un sector de la doctrina científica argumenta, en sentido similar, que un conjunto de políticas basadas exclusivamente en la dependencia del mercado de trabajo, en los aspectos laborales y en la intención de adaptar los flujos migratorios a aquél, está en el origen de la tradicional separación radical entre los trabajadores extranjeros en situación laboralmente regular y aquellos otros que no lo están. ALFONSO MELLADO, C. L., “La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar”, *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, p. 183.

situación de necesidad les ha obligado a emigrar a la desesperada y no respetar los cauces legales.

Esta distinción social establecida con un trato social justo e igualitario entre nacionales y extranjeros origina todo lo contrario entre éstos últimos mismos en su condición administrativa de regulares e irregulares, a la vez que la actividad laboral desarrollada por ambas personas extranjeras presenta una incidencia directa distinta tanto en la configuración jurídico-legal del derecho a la Seguridad Social como en la propia relación de Seguridad Social y su sistema. Como se advirtió, en parte se está ante un modelo profesional contributivo. En este marco es donde se puede ubicar el alcance y la importancia que tiene tanto el derecho a la Seguridad Social como su sistema para ofrecer una adecuada protección ante la situación de desempleo.

En este sentido, es clave el condicionamiento que presenta el derecho al trabajo de la persona extranjera por las autorizaciones administrativas -como posteriormente se analiza-, así como su conexión con el acceso al nivel contributivo de la Seguridad Social y todo el conjunto de prestaciones correspondientes a las que el trabajador extranjero en situación regular tendrá acceso, entre la que se encuentra lógicamente el desempleo. Así se produce un trato justo e igual al nacional, afianzado por la garantía específica de que el trabajador beneficiario de una prestación por desempleo está protegido contra la posible expulsión del país. Es así porque según el artículo 57.5 d) de la vigente Ley Orgánica 4/2000, *la sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: [...] los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.* En consecuencia, la persona trabajadora extranjera beneficiaria de una prestación por desempleo goza de una protección que queda reflejada en la imposibilidad de expulsión, todo ello con la pretensión de la lucha contra la exclusión social a la que se puedan ver abocados fruto de la carencia de trabajo.

En conjunto, es este el sentido y el alcance que defiende la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008, con respecto a la correspondencia y otorgamiento del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros,

pues su situación acorde con la Ley le permite cumplir todos los requisitos fijados legalmente para el acceso a la misma. En base a este planteamiento ajustado al máximo al derecho y a la legalidad, claramente se defiende totalmente lo contrario y lo opuesto para el trabajador extranjero inmigrante en situación administrativa irregular. Sobre todo, a partir de una interpretación con un restringido carácter social y limitado del originario artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, que es lo que constituye el auténtico núcleo central del fallo jurisprudencial. Hasta el punto de que sus planteamientos fueron acogidos por el legislador en la posterior reforma realizada en la misma por medio de la Ley Orgánica 2/2009.

A.2).- La interpretación restrictiva del artículo 36.3. Remisión, planteamientos de fondo, análisis jurídico-crítico y plasmación en el nuevo artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España

En fechas anteriores a la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, por medio de la Ley Orgánica 14/2003, el contrato de trabajo era considerado nulo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁶⁸⁷ sobre una fundamentación que específicamente en epígrafes posteriores se analiza. En su momento y, de igual modo, actualmente, en el originario artículo 36.3 introducido por aquélla y el posterior 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, de un modo expreso se reconoce legalmente la validez del contrato de trabajo entre empleador y trabajador extranjero en situación administrativa irregular y, en consecuencia, el conjunto de derechos inherentes a la persona en su condición de trabajador y las prestaciones sociales derivadas que pudieran corresponderle, independientemente al hecho de que éste no posea la correspondiente autorización para

⁶⁸⁷ *Vid.*, al respecto, sistemáticamente, RAMOS QUINTANA, M^a I., “La aclaración legal del alcance de la protección social del trabajador extranjero irregular. Especial referencia a la protección por desempleo”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., pp. 640-644. Concisamente, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Sobre la nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin permiso”, *Revista Tribuna Social*, núm. 120, diciembre 2000, pp. 27-28. HIERRO HIERRO, F. J., “La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2003.

trabajar⁶⁸⁸. Desde esta concepción social, práctica y real de este artículo es como a la persona trabajadora extranjera en situación administrativa irregular se le reconoció la protección social derivada de la actividad laboral realizada, mediante el acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Se manifestó así, claramente, el verdadero significado de la universalidad del derecho social de la Seguridad Social como derecho humano y su naturaleza socioprotectora, en clara relación estrecha con el derecho social del trabajo.

Sin embargo, este reconocimiento, *a priori*, para todos los trabajadores extranjeros de un estatus laboral y de protección social mínimo, más allá de su situación de regularidad o irregularidad administrativa, se truncó, ya que *a posteriori* el segundo fue delimitado en sentido excluyente jurisprudencial y legalmente. Es así porque en una línea opuesta y reductora del mismo fue clave la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la Sentencia de 18 de marzo de 2008 y su posterior traslación al 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000. Este Tribunal, en la misma no sostuvo el alcance social protector del mismo y, desde una perspectiva un tanto restrictiva y excluyente, pero jurídicamente bien construida relativamente, negó la protección por desempleo al trabajador extranjero en situación administrativa irregular. Todo ello en base a tres aspectos manifestados en sus fundamentos jurídicos: una concepción particular del artículo 36.3 en relación al artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000⁶⁸⁹, la separación de los efectos laborales de los de Seguridad Social en relación al mismo artículo⁶⁹⁰ y, por último, la incompatibilidad de la situación administrativa irregular del trabajador extranjero con el cumplimiento de los artículos relativos a la prestación por desempleo fijados en la Ley General de Seguridad Social.

Para el primer aspecto, se ha de realizar una matización previa sibilina pero de gran calado e importancia que parece que no ha sido percibida e interpretada de manera adecuada. El artículo 10 de la vigente Ley Orgánica 4/2000 –como ya se ha analizado– reconoce el derecho al trabajo de todo extranjero condicionado a la autorización para

⁶⁸⁸ Pese a esta nueva línea de defensa de la validez del contrato de trabajo, un sector de la doctrina ha defendido constantemente lo contrario, CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 451-452; MONTOYA MELGAR, A., *El empleo ilegal de inmigrantes*, cit., pp. 91-114.

⁶⁸⁹ Advertido igualmente y de un modo sucinto por DESDENTADO BONETE, A., “El desempleo del extranjero <<sin papeles>>”, *Diario La Ley*, núm. 36889, 2008.

⁶⁹⁰ Aspectos también manifestados por ALFONSO MELLADO, C. L., “La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar”, cit., p. 192.

trabajar correspondiente y, posteriormente, establece el derecho a la seguridad social del mismo. Así, se está reconociendo el derecho a la seguridad social del extranjero en situación administrativa regular en su condición de persona que trabaja, luego es un artículo referido a los trabajadores extranjeros. Por su parte, el artículo 14, se refiere tan sólo y con carácter general a los extranjeros, sin más condición personal –no administrativa- específica. Por su parte, el artículo central de la doctrina jurisprudencial, el 36.3 –al igual que el posterior 36.5-, sí menciona específicamente al extranjero, pero trabajador. Entonces, la propia lógica y coherencia interna entre el articulado de la vigente Ley Orgánica 4/2000, impone que las prestaciones a las que hace referencia el mismo estarían directamente relacionadas con las que se desprenden de lo establecido en el artículo 10 de la misma: las prestaciones correspondientes al nivel contributivo, entre las que se encuentra la protección por desempleo. Mientras que las no contributivas y la asistencia y servicios sociales irían directamente relacionadas con lo establecido en el artículo 14. Pues bien, esta lógica interna queda fracturada especialmente por la doctrina Supremo cuando relaciona, en su totalidad y directamente, el artículo 36.3 con el 14, estableciendo que las *prestaciones que pudieran corresponderle* al trabajador en situación administrativa irregular, pese a la validez del contrato, necesariamente son las prestaciones sociales y servicios sociales básicos a los que hace referencia el artículo 14, que a su vez la sentencia los relaciona con los del artículo 53 de la Ley General de Seguridad Social. Entre éstos últimos, el pronunciamiento jurisprudencial ejemplifica con la asistencia sanitaria de urgencia, siendo la misma reconocida independientemente en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000 para toda persona extranjera, con lo que esta remisión realizada por esta interpretación jurisprudencial carecería de un sentido propio y sólo sería reiterativa. De este modo, es como excluye la protección por desempleo correspondiente al trabajador extranjero *de facto* por su actividad laboral realizada y, por tanto, de una manera consecuente con su interpretación sería lógica para el primero encontrarse en situación administrativa regular. Este es uno de los pilares básicos desde los que se empieza a construir la política jurídica de exclusión del derecho a la protección por desempleo del trabajador extranjero reflejada legalmente.

El segundo aspecto –la distinción entre los efectos laborales y de Seguridad Social del 36.3 y, por ende, del posterior 36.5- es debido a una incoherente interpretación sistemática y de conjunto del precepto. El mismo fija, claramente, que el

contrato de trabajo firmado por un trabajador extranjero en situación administrativa irregular ni invalida los derechos laborales del trabajador extranjero irregular ni las prestaciones que pudieran corresponderle del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en coherencia con la interpretación anteriormente explicitada, entiende que sí puede existir una equiparación entre trabajadores extranjeros en distinta situación administrativa en relación al estatuto jurídico laboral –en sentido estricto- de derechos. Esta equiparación no la extiende a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social que pudieran corresponderle, fijando para el acceso a las mismas su situación regular. Esta es una interpretación que adquiere sentido en consonancia con el aspecto precedente, pero que por sí sola careció de significación porque el artículo 36.3 no establecía nada al respecto de esta división⁶⁹¹. Una delimitación que, posteriormente, el 36.5 sí establece pero de un modo implícito.

A modo de nexo de unión entre los dos puntos anteriores comentados y el que a continuación le sigue, es necesario matizar el fundamento de derecho octavo. En él se argumenta jurídicamente en base al artículo 42 del RD 84/1996 que, si al extranjero se le requiere para trabajar una autorización administrativa al efecto y, pese a carecer de la misma, realiza una actividad laboral cualquiera, estará excluido del sistema de Seguridad Social porque tampoco podrá cumplir el mismo una serie de requisitos necesarios establecidos en la Ley General de Seguridad Social –posteriormente puestos de relieve-. En este sentido, se ha de manifestar también la no tenencia en cuenta, por parte de la doctrina del Supremo, de la realidad social del trabajo de los extranjeros en situación administrativa irregular y sus implicaciones; al igual que tampoco el propio artículo 220 de la Ley de General de Seguridad Social, en base al que se establece el principio de automaticidad. Éste es pleno para la protección por desempleo, con lo que si el empleador ha incumplido la obligación de afiliación, alta y cotización, es la entidad gestora competente la que va a pagar las prestaciones por desempleo.

Por su parte, el tercer aspecto –cumplimiento del trabajador extranjero en situación administrativa irregular con los requisitos establecidos en la Ley General de Seguridad Social para acceder a una prestación por desempleo- no está tan

⁶⁹¹ Puede que sea a raíz de estas dos notas manifestadas por las que se advierte que esta sentencia no resulte un ejemplo de claridad en algunos puntos cruciales, tal y como lo manifiesta DESDENTADO BONETE, A., “El desempleo del extranjero <<sin papeles>>”, cit.

estrechamente interrelacionado con los puntos interpretativos anteriores y sí puede que tenga una mayor coherencia y lógica interna en relación al eje que vertebra la política y legislación reguladora de la inmigración extranjera en España: las autorizaciones administrativas. Son varios los artículos de aquélla que se mencionan expresamente en el fundamento de derecho noveno de la sentencia: el 203.1, el 207 c) y el 209.1

El artículo 203.1 define la protección de la contingencia de desempleo como *aquella en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo...* En función de esta definición jurídico-legal, se pueden deducir tres requisitos fundamentales que han de acontecer. Uno primero se puede identificar con la aptitud. Para que se tenga ésta no es necesario en absoluto mirar la nacionalidad ni la condición del trabajador, sino que hay que tener presente que éste se adecue al puesto y, por tanto, sea apto para cumplir adecuadamente la actividad laboral para la que se le contrata por parte del empleador. Uno segundo hace referencia a la voluntad. Ésta es básica para que el trabajador muestre intención personal, interés, por desempeñar un determinado trabajo no solo para realizarse, sino también como medio de vida. Por tanto, esta cualidad personal no está sujeta a ninguna condición de extranjería, sino que es intrínseca a la propia persona. Pero es que además, para el caso de los trabajadores extranjeros, esta dimensión tiene un correlato inmediato en una voluntad de integración en la sociedad de acogida, en cuanto el trabajo se configura para ellos como un elemento clave y fundamental para su integración en la sociedad de acogida. Un tercero se presentaba en fechas anteriores más complejo: el haber tenido un empleo y haberlo perdido. Con la nulidad del contrato de trabajo, al no ser válido éste y, por tanto, no existir, el trabajador extranjero no tenía elemento alguno al que acogerse para argumentar que había estado trabajando. Sin embargo, con la regulación vigente, se ha atribuido validez al contrato de trabajo, con lo que si se ha quedado sin trabajo, puede tener derecho a las prestaciones por desempleo, en cuanto que la actividad laboral existe y queda reconocida en la validez de un contrato, pese a que el trabajador haya sido contratado en situación administrativa irregular por parte del empleador. A estos tres requisitos habría que sumar un cuarto, que es el de capacidad. No hace mucho en el tiempo se venía sosteniendo que el trabajador no tenía capacidad legal para trabajar en cuanto no tenía la autorización correspondiente para ello. Por tanto, se encontraba incapacitado legalmente para llevar a cabo una actividad laboral, poniéndose así de manifiesto que el papel de la administración y las autorizaciones

pueden llegar a condicionar la propia capacidad de las personas. Sin embargo, superando esta línea, sobre la base del auténtico y genuino sentido del 36.3 y posterior 36.5, lo que se está protegiendo es al trabajador de hecho, no de derecho, con lo que esta capacidad para contratar la tiene, por el simple hecho de su condición de trabajador y/o de persona que quiere trabajar⁶⁹². Por su parte, la sentencia claramente confunde y liga el poder trabajar de una persona –en este caso extranjera- a una mera autorización administrativa, negando taxativamente la realidad de que la persona extranjera en situación administrativa irregular pueda desempeñar una actividad laboral.

El artículo 207 puede presentar un carácter relevante para el tema del derecho a prestaciones de los trabajadores extranjeros. Éste establece los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones: afiliación, carencia y situación legal de desempleo, cuyo cumplimiento se encuentra dificultado por la situación de irregularidad en lógica coherencia con la política y legislación de extranjería e inmigración. Al respecto -y para el caso concreto de la prestación por desempleo- es necesario traer a colación el principio de automaticidad de las prestaciones y sus implicaciones, ya advertidas. Ahora bien, el pronunciamiento jurisprudencial se centra en la letra c) del citado artículo, que se encuentra relacionado directamente con el 230 de la misma Ley y la suscripción del compromiso de actividad. Un compromiso que el trabajador extranjero, ante los servicios públicos de empleo, tiene difícil de firmar puesto que se encuentra en situación administrativa irregular, con lo que su situación de ilegalidad puede ser descubierta y conocida por las autoridades competentes, con la posible sanción de expulsión, entre otras. Este es el principal escollo que encontraría el trabajador extranjero en situación administrativa irregular para el correcto acceso a las prestaciones por desempleo, a no ser que sea rodeado por los aspectos prácticos y de realidad social que conlleven el hecho de que el trabajador extranjero, ante una situación de desempleo, está buscando de una forma constante trabajo. Un motivo que podría fundamentarse claramente en el carácter económico-laboral que presenta la inmigración que llega a España, pues la forman un conjunto de personas que quieren trabajar como

⁶⁹² En esta dirección compartimos opinión con un sector de la doctrina respecto a la capacidad legal del trabajador extranjero irregular, cuando afirma que la autorización administrativa se incluye dentro del conjunto de limitaciones administrativas de derechos que actúan tan sólo sobre las condiciones de ejercicio de los mismos, dejando inalterados el resto de sus elementos, DE LA CASA QUESADA, S., *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, cit., p. 103.

medio de vida que les garantice un nivel de ésta digno y un mejor y mayor desarrollo personal, con respecto a sus países de origen.

Muy en consonancia con el precepto anterior, el artículo 209.1 alegado en la Sentencia, en el que se recoge la solicitud y el nacimiento del derecho a prestaciones, está establecido en aras de observar únicamente la situación de regularidad administrativa del trabajador extranjero en todos sus trámites. Es decir, considera fundamentalmente la situación de legalidad y/o regularidad para acceder a la protección por desempleo desde el momento mismo que explicita la necesidad y obligación del trabajador extranjero de inscribirse como demandante de empleo y de suscribir el compromiso de actividad. Obligaciones que, a día de hoy, desde la estricta legalidad, sólo las puede realizar el extranjero en situación administrativa regular. Pero desde una óptica de política social del derecho y tomando como punto central una vez más, por un lado, el sentido del artículo 36.3 –posterior 36.5- y, por otro lado, el principio de automaticidad, el trabajador extranjero en situación administrativa irregular podría ver cubierto tanto la solicitud como el derecho a prestaciones por desempleo, especialmente éste último por su condición de persona que ha trabajado con un contrato válido.

La superación de las posibles deficiencias técnico-jurídicas puestas de manifiesto para que el trabajador extranjero en situación administrativa irregular tenga derecho a la protección por desempleo no sólo podría venir, como ya se ha apuntado, desde la propia política social del derecho, sino que también podrían tener su fundamento jurídico de nuevo, en el mismo artículo 36.3 –posterior 36.5-. Para ello se ha de poner de manifiesto el carácter orgánico que posee este artículo –frente al 10 y al 14 de la misma Ley que carecen de él- y su directa y estrecha relación –por este carácter- con el artículo 13 de la Constitución, como regla general de interpretación para la atribución y el goce de derechos de los extranjeros. Éste último artículo, es clave y básico para entender que por la inclusión del derecho a la Seguridad Social –con todas sus dimensiones y prestaciones derivadas- en el Título I de la Constitución sólo estará condicionado a los términos que se establezcan en los tratados y la ley. Unos tratados que, como ya se ha puesto de relieve, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocen el derecho a la Seguridad Social como un derecho social de ciudadanía para todas las personas claramente ligado a la dignidad humana. Así, si la ley debe de estar en consonancia con lo dispuesto en los tratados internacionales y partiendo del hecho del mayor rango jurídico del 36.3 –posterior 36.5- de la Ley

Orgánica 4/2000 sobre el 10 y el 14, el primero debería tener un mayor valor como canon interpretativo sociojurídico para una efectiva y adecuada regulación del derecho a la Seguridad Social⁶⁹³, y *las prestaciones que pudieran corresponder*, como derecho humano que no puede ser limitado, ni en su contenido esencial –claramente afecto a la dignidad humana- ni en la protección social que en sus distintas facetas se desprende del mismo, por unas autorizaciones administrativas. Esta interpretación ha sido olvidada por la Sentencia citada y por la vigente Ley Orgánica 4/2000 en el caso concreto de este derecho, puesto que la primera no acude a los grandes tratados internacionales de derechos, sino que más bien trata de hallar de un modo más concreto –y no encuentra algunas referencias a la protección por desempleo en el marco del derecho a la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros en situación irregular en los Convenios 97 y 19 de la Organización Internacional del Trabajo.

Por último, se ha de poner de manifiesto otro aspecto presente en los planteamientos de esta sentencia y relacionado directamente con este artículo 36.3 – posterior 36.5-. En la misma, como telón de fondo a toda ella, se planteó una distinción clarividente entre una situación de irregularidad máxima del trabajador extranjero -en la que carecería de permiso de residencia y de autorización de trabajo- y otra de irregularidad mínima –en la que solo carece de la autorización para trabajar-. A lo largo de la argumentación jurídica de la citada Sentencia claramente se está negando el derecho a la protección por desempleo a la persona extranjera que está en la primera situación advertida. No se pone de manifiesto nada con respecto a la segunda posibilidad. Una posibilidad ante la que no se debió de entender la exclusión de la protección por desempleo por más paradójica que resulte⁶⁹⁴, ya que si la persona

⁶⁹³ Este planteamiento ha sido mencionado, a modo de conclusión, por un sector de la doctrina atribuyéndole al artículo 36.3 un mayor valor persuasivo que la interpretación en sentido contrario de una ley ordinaria como es el artículo décimo, CABEZA PEREIRO, J. “Protección social de las personas extranjeras en España”, en *Tratamiento jurídico de la inmigración*, AA. VV. CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (coord.), cit., p. 272.

⁶⁹⁴ Con este término de paradoja califica un sector de la doctrina al planteamiento del Supremo sobre el hecho de que el trabajador extranjero con permiso de residencia pero sin autorización de trabajar pueda acceder a la protección por desempleo, CARRASCOSA BERMEJO, “Extranjeros en situación irregular y prestaciones contributivas de desempleo: reconocimiento del derecho (TS 18.3.2008, REC 800/07) y cobro anticipado en supuestos de retorno voluntario (RD Ley 4/2008)”, en *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, AA. VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord.), Laborum, Murcia, 2008, p. 145. *Cfr.*, MONTOYA MEDINA, D., “Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado”, cit., pp. 874-879.

extranjera tenía su permiso de residencia sí podría cumplir en este caso todos los requisitos legales establecidos para acceder a la prestación por desempleo –alguno de los cuales eran fundamento de la doctrina de la sentencia- alegando que por un tiempo ha estado trabajando de forma regular, si bien en el momento de su solicitud no lo podía estar haciendo así y, en consecuencia, ser un trabajador incluido en una relación de trabajo de hecho, ante la que de nuevo cabría acudir a las implicaciones del artículo 36.3. Sin embargo, el artículo 36.5 ha concretado más aún esta cuestión con carácter más excluyente de forma implícita, ya que la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009 estableció directamente la necesidad de obtener previamente la autorización para residir y trabajar –de forma conjunta, *ex* artículo 36.1 de la vigente Ley Orgánica 4/2000-, no existiendo tal posibilidad, por tanto, para la persona extranjera que estuviese en posesión sólo de la de residencia.

A.3).- El empleador ante la exclusión de la protección por desempleo del trabajador extranjero en situación administrativa irregular

A lo largo de la historia reciente, el Derecho Social del Trabajo ha venido protegiendo al trabajador desde la posición de desigualdad que se le presupone, otorgándole un conjunto de derechos sociales en consonancia con una legislación social desarrolladora de los mismos. Un ejemplo ilustrativo en materia de extranjería fue la introducción del artículo 36.3 por medio de la Ley Orgánica 14/2003, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Así, ésta cumplió con el carácter de legislación social protectora para el trabajador extranjero en situación administrativa irregular. Olvidándose de esta tendencia e intenciones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008 culpó al trabajador extranjero de su situación de regularidad. Y lo hace culpándolo de la decisión que tomó un día de entrar en España sin cumplir con los cauces legales y realizar una actividad laboral como medio de vida y subsistencia, o bien porque ha quedado en esta situación tras la caducidad de sus autorizaciones administrativas. La pena que ha de cumplir, entre otras, es impedir el acceso a las prestaciones por desempleo que le corresponden de su actividad, derivada de la carencia de una autorización de trabajo, que es la que da acceso al permiso de residencia. Aquella autorización, que debió de solicitar el empleador, que no lo hizo y cuyas consecuencias

más desprotectoras socialmente sufre el trabajador. La Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, confirmó jurídico-legalmente este planteamiento, su sentido y su alcance. Tal y como está vigente, se establece, *en todo caso*, la imposibilidad de obtener prestaciones por desempleo por parte del trabajador que carezca de la autorización de residencia y trabajo.

Todo este planteamiento realizado en la Sentencia presenta una excepción, también aludida en la misma. Ésta vendría referida a las prestaciones derivadas exclusivamente de las contingencias profesionales. Se establece, al respecto, que los trabajadores que se encuentren en situación administrativa irregular y sean nativos de países que, al igual que España, hayan suscrito el Convenio 19 de la Organización Internacional del Trabajo, tienen derecho a las prestaciones que les correspondan por su actividad laboral en régimen de responsabilidad empresarial, pero con anticipo a cargo de las entidades gestoras⁶⁹⁵. Este supuesto, en el global de la Sentencia no supone ninguna originalidad⁶⁹⁶, sino que más bien su función es la de confirmar y reiterar la excepción establecida también jurídico-legalmente en la vigente Ley Orgánica 4/2000, en el artículo 36.5, al establecer expresamente la obtención de prestaciones por parte de estos trabajadores en los supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores.

A.4).- La imposibilidad de la modificación de la situación administrativa de la persona extranjera por el ejercicio del derecho a la prestación por desempleo

El título de este subepígrafe es una afirmación categórica general -extrapolada a la prestación por desempleo- del último inciso del vigente artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su

⁶⁹⁵ Una doctrina concreta que ya había sido puesta de relieve en las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio y de 7 de septiembre, de 2003. Asimismo, SÁNCHEZ PÉREZ, J., “El accidente de trabajo del inmigrante <<sin papeles>>”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 663-671.

⁶⁹⁶ En este sentido, es calificada como una protección residual, RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, cit., pp. 234-243.

Integración Social, pues aclara que el reconocimiento de una prestación no modifica la situación administrativa de la persona extranjera, con la excepción de los supuestos legalmente previstos –paradigmática e implícitamente, el beneficiario en situación administrativa regular de una prestación contributiva por desempleo-. El antecedente inmediato del explícito mandato se encuentra precisamente también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008. Y es que en su fundamento de derecho séptimo, está latente la concepción político-jurídica de que con el reconocimiento del derecho a la protección por desempleo para los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular, se estaría facilitando un nuevo cauce para acceder a la autorización de trabajo y al permiso de residencia⁶⁹⁷.

Era así en virtud del artículo 38.3 b) de la Ley Orgánica 4/2000, en su versión tras la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, pues se establecía que *la autorización de trabajo se renovará [...] cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación. Y según el apartado c) del mismo precepto, cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinado a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma*. Del conjunto de los mismos, se podía establecer la hipótesis de que al trabajador extranjero en situación administrativa irregular, desde el momento en que accediese y disfrutase del derecho a una prestación por desempleo se encontrase con que por su mera condición de beneficiario de la misma, se le pudiese expedir la autorización de trabajo en cuanto que el trabajador anteriormente carecía de ella, y en consecuencia tenga la correspondiente autorización que le permita buscar y encontrar trabajo durante el tiempo que dure la prestación desde la situación de regularidad. Idéntica situación se podía desprender al analizar el apartado c), pues podía acontecer si el trabajador en situación administrativa irregular es beneficiario del subsidio por desempleo, claramente identificado con este subapartado de la norma, pero si bien con la particularidad de que este nivel se encuentra como continuación del contributivo.

⁶⁹⁷ Una cuestión que ya había sido manifestada como una posible vía hacia la obtención de la autorización de trabajo y el permiso de residencia resultado del derecho de protección por desempleo, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La Seguridad Social y la protección por desempleo de los extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007, Sala de lo Social, Sección 1”, cit., pp. 100-102.

Desde esas premisas y partiendo de que para estar en situación de regularidad administrativa y adquirir el permiso de residencia, posee un carácter primordial la autorización de trabajo, se encontraría el trabajador extranjero en la tesitura de que si posee ésta podría solicitar el permiso de residencia, accediendo así a una situación de regularidad.

A esta posibilidad legal existente a la luz de las anteriores y divergentes corrientes doctrinales y jurisprudenciales tendentes a otorgar o no la protección por desempleo al trabajador extranjero en situación administrativa irregular puso fin, por temor a que se produjese, el Tribunal Supremo con su doctrina sentada en la Sentencia advertida. Y, en igual sentido, la vigente Ley Orgánica 4/2000. Así, manifestó la primera claramente que si la situación descrita se produjese, se estaría dando lugar a la creación judicial de una *regularización encubierta y en espiral*, desincentivando el acudir a la legalidad estricta prevista en los trámites para conseguir la situación de regularidad administrativa, hecho que declara imposible de producir, alegando que en ningún caso el trabajador extranjero podría obtener la autorización de residencia según el artículo 50 del Real Decreto 2393/2004 -y, actualmente, según el artículo 64 del Real Decreto 557/2011- y los requisitos por él previstos. De este modo, se zanjaron tajantemente los primeros atisbos que se estaban apreciando para la regularización y tratamiento de situaciones de hecho iguales pero de derecho desiguales en relación a la protección por desempleo con respecto a trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular desde el propio derecho social a la Seguridad Social y la protección por desempleo.

B).- La mercantilización del trabajador extranjero: el retorno capitalizando la prestación por desempleo

La sujeción de la política jurídica de inmigración a las necesidades del mercado de trabajo nacional ha originado una instrumentalización de la mano de obra extranjera inmigrante hasta el punto de que, en un momento de crisis de empleo como el que ha

vivido España desde finales de 2008, se mercantilice a estas personas⁶⁹⁸. Más aún, de un modo particular a aquellas que han trabajado y residen en situación de regularidad administrativa, siendo beneficiarias de la prestación por desempleo. A éstas, se les impulsa a abandonar España, a no regresar durante un tiempo considerable y, por tanto, se les compra el retorno⁶⁹⁹ a sus países de origen mediante el abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo. Claves son, al respecto, tanto el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, como el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre.

Desde este marco jurídico, se adopta una medida político-jurídica de forma permanente en un contexto restrictivo y controlador social de la inmigración extranjera, vendida como beneficiosa a través de una doble justificación. De una parte, como ampliadora del ámbito de derechos: ilógica, jurídica y deficientemente se ha configurado y condicionado -mediante Real Decreto-Ley- a unos requisitos estrictos un derecho humano fundamental de las personas establecido en el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁰⁰. Y, de otra parte, como una oportunidad adecuada a este colectivo ante la situación de crisis económica –coyuntural internacional, se ha de recordar- para cubrir las necesidades económicas –parece que ni humanas ni sociales- de estas personas extranjeras ante su situación de desempleo y hallarse en un país y sociedad distinta a la suya de origen con las posibilidades de desarraigo y exclusión que puede acarrear las mismas⁷⁰¹, ante lo que se incita y fomenta

⁶⁹⁸ Desde esta concepción, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La regulación jurídica del nuevo modo de capitalización de la prestación por desempleo: análisis jurídico-político del Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre. La mercantilización de los trabajadores extranjeros inmigrantes”, en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y SÁNCHEZ MONTOYA, J. E. (dir.), MORENO VIDA, M^a N. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), Comares, Granada, 2010, pp. 581 y ss. Asimismo, GRAU PINEDA, C., “De las facilidades al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en España ¿medidas anticrisis o gestión de flujos migratorios?”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 28, 2011, pp. 49 y ss.

⁶⁹⁹ Incidiendo en esta perspectiva de compra de retornos, *vid.*, ABRIL LARRAÍNZA, P. y LANZADERA ARENCIBIA, E., “El anticipo de la prestación por desempleo a los inmigrantes: la compra de un retorno”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 310, 2009.

⁷⁰⁰ El artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece claramente lo siguiente: *toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.*

⁷⁰¹ En este sentido y en estrecha relación con los motivos expuestos, también ha sido calificada esta medida como de *retro-inmigración*, entendiendo por tal al concepto utilizado en relación con las medidas adoptadas por los poderes públicos para la reducción del número de inmigrantes sin posibilidad de sobrevivir dignamente cuando el desempleo crece progresivamente; DE LA VILLA DE LA SERNA, D., “Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de

–eso sí, voluntariamente y de un modo explícito- el retorno al país de origen como una ocasión enriquecida por la experiencia económico-laboral migratoria en España sin tener en cuenta las circunstancias políticas, económicas y sociales que se puedan encontrar éstos allí y que en su día le empujaron a emigrar.

Sin embargo, la auténtica finalidad que pretende el Gobierno con este instrumento normativo –puesta de manifiesto implícitamente y entrelíneas en la exposición de motivos precedente al artículo único que contiene el Real Decreto-Ley 4/2008- no es otra que hacer disminuir en la medida de lo posible la totalidad del número de desempleados existentes, intentando erradicar los de este colectivo concreto fomentando la vuelta a su país de origen sin ningún interés en lo que se refiere a la situación de éste allí y a la inversión que realice con la capitalización del desempleo. Y, en conexión, rebajar la presión sobre el mercado nacional de trabajo con unas cuantas personas trabajadoras menos, en relación al total⁷⁰². Sobre estos postulados es configurado y repensado muy particularmente el derecho al retorno voluntario de estas personas extranjeras

B.1) - Régimen jurídico del repensado derecho al retorno voluntario

Bajo el amparo del título competencial establecido en el artículo 149.1.17 de la Constitución Española, se atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social. Es en este título competencial -junto a las previsiones contenidas en el artículo 86 de la misma para el dictado de un Real Decreto-Ley- en el que halla su fundamento técnico, jurídico y normativo tanto el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a

septiembre, y sus normas complementarias”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18, 2008, p.3.

⁷⁰² Como bien ha puesto de relieve un sector de la doctrina *iuslaboralista*, CAVAS MARTÍNEZ, F., “El Derecho Social ante la crisis”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 19, 2009, p. 23. En la misma dirección, PÉREZ YÁÑEZ, R. M^a, “A vueltas con la gestión de los flujos migratorios. A propósito del abono acumulado de la prestación por desempleo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y en su reglamento de desarrollo”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 10, 2009, p. 77.

trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen; como el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, de desarrollo del anterior.

i) La nueva forma de capitalización del desempleo

Una de las principales novedades técnico-jurídicas de mayor alcance del Real Decreto-Ley citado ha sido para el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. Y es que se ha regulado en el mismo un nuevo modo de la capitalización de la prestación por desempleo. Hasta la entrada en vigor del mismo⁷⁰³, eran –y son– puntuales los casos establecidos para esta posibilidad y regulados en la propia Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad⁷⁰⁴, y las modificaciones que ella introduce en el artículo 228.3 de la Ley General de Seguridad Social. Son supuestos regulados con detalle y con propuesta de soluciones, invirtiendo la cuantía económica capitalizada en territorio español, continuando el trabajador aportando a la riqueza y progreso de la economía española. Se hace, por ende, muy difícil de encajar la posibilidad de capitalización de la prestación por desempleo ante el retorno de un trabajador extranjero en los ya regulados. Se está ante una nueva forma de capitalización de la prestación contributiva por desempleo, con muchas particularidades que la alejan de la concepción clásica que sigue teniendo la misma⁷⁰⁵.

En este sentido, la técnica jurídico-normativa –pese al carácter de urgencia con el que fue dictada– no es la más adecuada para la instauración de una novedad de alcance para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en su afectación por el

⁷⁰³ Para analizar con detalle y sistemáticamente la situación existente, *vid.*, LUJÁN ALCARAZ, J., “El abono acumulado y anticipado de la prestación por desempleo a trabajadores extranjeros”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 16, 2008, pp. 1-4.

⁷⁰⁴ Modificado, a su vez, por la disposición final décimo tercera del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en su disposición transitoria cuarta, regla tercera, apartado primero.

⁷⁰⁵ Se aleja así del fomento del empleo, reforzando en contrapartida el retorno de las personas extranjeras, MALDONADO MOLINA, J. A., “Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿fomento de empleo o del retorno?”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 627-643.

transversal Derecho Migratorio. Así, no introduce modificación alguna en el articulado de la Ley General de Seguridad Social –aunque aluda a ella en la exposición de motivos-, cuando afecta a la protección por desempleo contributiva y su capitalización. Se confirma, por tanto, como una excepción en el entorno del Derecho de la Seguridad Social, pero sin referencia ni consideración explícita en la propia Ley⁷⁰⁶.

Desde esta premisa, parece lógico y razonable tener presente que esta política de fomento o insistencia en el retorno como oportunidad mediante una posibilidad de elección voluntaria por parte del trabajador extranjero, no se puede incluir de ningún modo en el marco de una política de empleo. Desde la perspectiva activa, porque precisamente en el marco de un Estado social de Derecho y sus implicaciones no se puede pretender como solución para el mejor funcionamiento del mercado de trabajo –aumentando o manteniendo el nivel de empleo y reducir el desempleo- el retorno de un colectivo de personas extranjeras que tienen una trayectoria temporal considerable de presencia e integración sociolaboral en la sociedad española y que han contribuido al progreso y desarrollo de la economía nacional y sociedad antes y durante los momentos de la crisis. Desde la desigualdad y discriminación con fundamento en la condición de la nacionalidad de una persona no se puede pretender mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo. Además, no es esta la atención que como colectivo prioritario –*ex* artículo 19 *octies* de la Ley 56/2003- necesitan los extranjeros inmigrantes. Pero es que desde la perspectiva de una política pasiva de empleo, con la capitalización particularizada del caso que se analiza no se garantiza un determinado nivel de ingresos periódicos y sustitutivos de las rentas a los trabajadores en situación legal de desempleo, sino que se le proporciona la cuantía económica en su totalidad –en este caso en dos plazos y sólo del nivel contributivo- y no hay mayor interés por parte del Servicio Público de Empleo por el conocimiento acerca de la inversión de dicha cantidad.

⁷⁰⁶ En este sentido, un sector de la doctrina *iustlaboralista* aboga por la necesidad de o bien modificar la propia Ley General de Seguridad Social o por la creación de una nueva línea normativa para esta excepción –nuestra apuesta-. Una clarificación que se entiende necesaria, sobre todo porque la cantidad económica cobrada es exportada y hay que ver el uso que se hace de la misma no sea el caso que –*ex* artículo 7 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio- no exista afectación de la cantidad percibida a la realización de la actividad para la que se haya concedido, en cuyo caso sería un pago indebido a los efectos previstos en el artículo 227 de la Ley General de Seguridad Social, GARCÍA NINET, J. I., “¿Incentivos reales al retorno de emigrantes extracomunitarios? Breves consideraciones al hilo del Real Decreto-Ley 4/2008”, *Revista Tribuna Social*, núm. 214, 2008, p. 8. Asimismo, también se viene defendiendo que esta nueva fórmula de capitalización es una *desnaturalización de la medida de capitalización*, ABRIL LARRAÍNZA, P. y LANZADERA ARENCIBIA, E., “El anticipo de la prestación por desempleo a los inmigrantes: la compra de un retorno”, *cit.*, p. 9.

Por tanto, esta nueva modalidad de capitalización carece incomprensiblemente de regulación legal en relación a su finalidad, ya que no indica a qué o en qué se debe o puede invertir esta cantidad: se recibe un cuarenta por ciento de la cantidad en España una vez reconocido el derecho, el desempleado extranjero se marcha y una vez allí se le abona el sesenta por ciento restante. Sí se entiende que se invierte en el extranjero, a diferencia de los requisitos fijados en los casos legalmente previstos de capitalización de la prestación⁷⁰⁷. Pero es que tampoco -y con fundamento en la circunstancia anterior- esta medida se puede incluir en los programas de fomento del empleo como requisito a la clásica capitalización de la prestación. Es más, el Servicio Público de Empleo Estatal no se preocupa de si este extranjero busca ocupación en el lugar de origen ni se coordina con posibles entidades gestoras previstas en los Estados de retorno⁷⁰⁸. Aspecto éste último que debería de haber sido estimado y tenido en cuenta si realmente se está promocionando y vendiendo este retorno como una oportunidad aconsejable para el regreso de la persona extranjera inmigrante como mano de obra cualificada y, en este sentido, favorecedora para el país de origen en el marco de una política de codesarrollo –en este supuesto, sin concretar-. Se mercantiliza así la persona y su trabajo –volviendo a la época de la Revolución Industrial y la ya superada cuestión social obrera- y se compra su retorno. Aparece así la cuestión social de la inmigración, la exclusión frente a la integración.

ii) Ámbito subjetivo

Los Reales Decretos citados anteriormente se caracterizan por tener delimitado de una forma muy concreta el ámbito subjetivo de su aplicación. Queda establecido que pueden retornar a su país de origen aquellos trabajadores extranjeros inmigrantes en situación legal de desempleo en su modalidad contributiva. Luego el trabajador extranjero se tiene que encontrar con permiso de residencia en vigor –no de trabajo

⁷⁰⁷ Partiendo de esta realidad, se viene insistiendo en que la norma carece de preocupación alguna en relación al buen uso de la prestación capitalizada, a diferencia de lo que acontece cuando la misma se invierte en territorio nacional, CAVAS MARTÍNEZ, F., “El Derecho Social ante la crisis”, cit., p. 22.

⁷⁰⁸ CABEZA PEREIRO, J., “El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: primeras notas”, *Revista Actualidad Laboral*, núm. 21, 2008, pp. 4-5.

forzosamente-. Y, por ende, queda excluido aquél que ya haya agotado el anterior y esté acogido al subsidio por desempleo, junto a los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular y los trabajadores nacionales que formen parte de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza.

Se concreta aún más el ámbito subjetivo de un modo excluyente, pues expresamente se advierte que para beneficiarse de esta posibilidad voluntaria de retorno tienen que ser nacionales de países que hayan suscrito con España un convenio bilateral en materia de Seguridad Social sin necesidad de que el mismo aborde sistemáticamente el desempleo –se entiende esta última matización, pues no se especifica- a fin de que las cotizaciones realizadas en España –junto con otras que haya podido efectuar en otros Estados- sean susceptibles de tener en consideración para posibles futuras prestaciones. Es decir, que sean nacionales de los siguientes países: Venezuela, Uruguay, Argentina, Túnez, Ucrania, Australia, Brasil, Perú, República Dominicana, Canadá, Chile, Paraguay, México, Colombia, Ecuador, Marruecos, Filipinas, Estados Unidos y Rusia. Objetivamente, los nacionales de estos países ocupan el grueso de las personas extranjeras inmigrantes presentes en nuestro país, pero sin embargo no aparecen determinados países de Latinoamérica o del continente africano con un peso específico en los flujos hacia España, hecho que resta efectividad práctica a esta política jurídica, pues no todos los extranjeros inmigrantes se pueden acoger a tal posibilidad.

Sin embargo, de un modo nada concreto, seguidamente en el artículo único de este Real Decreto-Ley, tras la matización importantísima anterior, se deja la puerta abierta también al retorno según esta nueva modalidad legalmente establecida cuando el trabajador extranjero inmigrante en situación legal de desempleo sea nacional de un país que España considere que cuente con mecanismos de protección social suficientes y garantes de la dispensa de la cobertura adecuada o atendiendo a otras circunstancias específicas. Es decir, una excepción -sin desarrollo en el Real Decreto 1800/2008- planteada en blanco, nada concreta y susceptible de que pueda sufrir una mayor arbitrariedad en momentos más laxos y proclives al impulso del retorno ante determinadas circunstancias coyunturales, como es el caso de la crisis y su posible mayor o menor intensidad y efectos –sobre el mercado de trabajo, paradigmáticamente-. Se deja abierta la puerta a la exclusión frente a la integración.

iii) Requisitos y gestión de la prestación

Al específico ámbito subjetivo de este Real Decreto-Ley se han de añadir un conjunto de requisitos que necesariamente han de cumplir sus posibles beneficiarios. El primero de ellos, obviamente, es la obligación de que los anteriores deben de estar inscritos como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo. Y, en consecuencia y de forma derivada en segundo lugar, hallarse en algunas de las situaciones legales de desempleo establecidas en el artículo 208 de la Ley General de Seguridad Social como resultado de la extinción de la relación laboral. Con ellos claramente se está excluyendo de un modo explícito a las posibilidades que hubieran podido tener de beneficiarse de este retorno las personas extranjeras inmigrantes desempleadas en situación administrativa irregular. El tercero de los requisitos – implícito y reiterativo- es el tener reconocido específicamente el derecho a la prestación por desempleo en su nivel contributivo, con la matización e inciso de que no puede ser compatibilizado con un trabajo a tiempo parcial. De distinta naturaleza es el cuarto, pues diferente a los anteriores es la obligatoriedad de asumir el compromiso de retorno al país de origen –concretado en aquél del que es nacional- y no regresar a España para trabajar en tres años. Es decir, por una parte, se acude al Servicio Público de Empleo como demandante de empleo para solicitar acogerse a un programa de retorno ante el que se ve obligado a firmar implícitamente un compromiso de inactividad en España por tres años⁷⁰⁹, y no el clásico de actividad como demandante activo. Y, por otra parte, se le está recortando materialmente a esta persona el derecho a inmigrar a España o, consecuentemente, ser inmigrante en ella. Se le veta legal, temporal y específicamente a la persona extranjera inmigrante, violándose así una obligación jurídica material con origen y fundamento en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos fundamentales. Y, en último lugar, el hecho de que el posible beneficiario de esta posibilidad de retorno no se encuentre incurso en los casos de prohibición de salida del territorio nacional previstos al efecto en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Para la plena efectividad de este requisito y la vigencia del mismo, corresponde al Servicio

⁷⁰⁹ DE LA VILLA DE LA SERNA, D., “Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, y sus normas complementarias”, cit., p. 8.

Público de Empleo la obtención de la adecuada información al respecto de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, que la deberá ofrecer y facilitar de forma inmediata.

En cualquier caso, cuando el extranjero inmigrante en situación legal de desempleo se presente en el Servicio Público de Empleo, cumpla todos los requisitos y rellene los formularios de solicitud previstos *ad hoc*, se le reconoce el derecho y de modo inmediato se abona el cuarenta por ciento de la cantidad económica. Se cumple así el mandato del artículo 5 del Real Decreto 1800/2008 en relación al Servicio Público de Empleo como entidad encargada de la recepción, tramitación, reconocimiento y pago de la prestación. Desde este mismo momento, esta persona no puede retroceder en sus planteamientos de retorno y en el plazo de treinta días naturales desde el pago anterior debe de regresar al país del que es nacional. El restante sesenta por ciento se le abona en el país de origen, transcurridos los advertidos treinta días –y con un límite máximo de noventa- tras comparecencia personal en la representación diplomática o consular española en dicho país entregando la tarjeta de identidad de extranjero de la que es titular.

El momento tomado como punto de partida para contar los tres años en los que esta persona extranjera inmigrante no puede regresar a España para realizar actividad laboral alguna es justo el día treinta desde el que se reconoció el derecho y no el día efectivo y concreto dentro del plazo de treinta días previsto en el que se produce su regreso al país de origen. De esta forma, esta persona no podrá retornar a nuestro país en el marco de la inmigración económico-laboral durante tres años y cerca de un mes.

En este sentido, una de las lagunas de la regulación técnico-jurídica que presentaba este Real Decreto-Ley⁷¹⁰ era qué pasaría, ocurriría o a qué sanciones se vería expuesta la persona extranjera inmigrante en un hipotético caso de incumplimiento de las obligaciones y de los compromisos adquiridos por dicha persona retornada, pues no se establecía nada respecto a si éste los violaba y regresaba antes de los tres años a nuestro país para trabajar. Un vacío que se cubre con el artículo 36.7 de la vigente Ley Orgánica 4/2000. Según éste, no se concederán autorizaciones de trabajo y residencia a

⁷¹⁰ Puesta de relieve desde el primer momento por parte de los análisis realizados por la doctrina, CABEZA PEREIRO, J., “El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: primeras notas”, cit., p. 6.

aquellos extranjeros que, acogidos a un plan de retorno voluntario, se hubieran comprometido a no retornar a nuestro país durante un plazo concreto –tres años en este caso concreto- en tanto que no hubiera transcurrido el mismo. La regulación legal, por tanto, de un lado, es abierta y susceptible a futuros cambios en este programa de retorno voluntario; y, de otro sigue vigente la regulación administrativista de la ordenación y control de la inmigración extranjera, imperando esta condición sobre la de la propia persona. En contrapartida, entendemos que si este extranjero, pese a todo, retorna antes del tiempo previsto en su compromiso como obligación, lo hará de forma irregular, encontrándose bajo esta condición y no pudiendo regularizar su situación mediante ninguno de los modos previstos legalmente al efecto –arraigo social y laboral, por ejemplo-, quedando así condenado a dicha situación –al menos durante tres años y/o el tiempo restante hasta cumplir este plazo- y la amenaza constante de la expulsión por estancia irregular ante la posibilidad de ser descubierto.

iv) Derechos reconocidos a los beneficiarios

Por más que se venda este Real Decreto-Ley –y el de su desarrollo- como una norma que amplía el ámbito de derechos y oportunidades de los extranjeros inmigrantes a los que va dirigido, real y objetivamente no lo es tal. En la corta experiencia española –pero consolidada por la realidad social que constituye actualmente- reguladora de la inmigración extranjera, se ha venido prestando una especial atención e insistencia –especialmente desde el año 2000 y las sucesivas reformas que desde esta fecha se han producido en la Ley Orgánica 4/2000- en que para la integración social –junto al trabajo- son claves los derechos, como ya se ha analizado.

A sensu contrario, en el marco de una controladora y restrictiva política de inmigración cada vez menos social se ubica este instrumento normativo, porque, auténtica y genuinamente, no reconoce ningún derecho. Impulsa el retorno, que se encuentra recogido a nivel internacional como un derecho humano fundamental sin ninguna restricción. Pero lo hace de una forma limitada y condicionada, afectando y violando incluso el núcleo esencial de su contenido debido a algunos de los requisitos que ha de firmar el inmigrante extranjero que retorna y ejerce su derecho. El retorno, ante la actual coyuntura económica de crisis económica internacional, es expuesto por el

Gobierno español como una oportunidad para no empeorar sus perspectivas vitales y sociolaborales. Oportunidad que, desde el mismo momento que la persona se acoge a este plan, supone una restricción efectiva de derechos, pues el ejercicio de este derecho a retornar es causa extintiva del permiso de residencia y autorización de trabajo transcurridos treinta días naturales desde el abono del primer pago de la prestación capitalizada y, por ende, de los derechos que en base a las mismas se otorgan, quedando rota la construcción progresiva de derechos con fundamento en la regularidad administrativa y sus posibles situaciones. Incluso y más allá, el de inmigrar o ser inmigrante económico-laboral a España y por tres años.

Por el contrario, tan sólo se establecen unas excepciones a modo de derechos preferenciales en relación a la residencia y trabajo que tendrá el trabajador extranjero en situación legal de desempleo retornado una vez que regrese a España, como mínimo, tras los tres años. Pero que en absoluto tienen relación con unos derechos humanos sociales fundamentales. Perspectiva y concepciones inherentes a los mismos desde la que debería de ser contemplada la ordenación jurídico-legal de las personas extranjeras inmigrantes. Y no sólo el trabajo, la necesidad del mercado de trabajo nacional y la situación administrativa de estas personas.

En este sentido, el punto de partida para volver a España tras el período de tres años -como mínimo- es el de solicitar una vez más las autorizaciones administrativas para poder trabajar y residir de un modo regular según lo establecido en la vigente Ley Orgánica 4/2000 y Real Decreto 557/2011. No hay novedad alguna respecto a cualquier otra persona que haya escogido España como destino de inmigración económico-laboral. Las matizaciones son *a posteriori*. Si la persona inmigrante extranjera, cuando retornó a su país de origen, estaba en posesión de una autorización de residencia temporal, ésta tras su vuelta ve continuada su situación a los efectos del cálculo del plazo legal para la posible obtención de la residencia permanente. Obviamente, se excluye del período a contabilizar el período de, como mínimo tres años, que ha estado fuera de España. En el caso en que la persona inmigrante extranjera retornada se encontrase en situación de residencia de larga duración, cuando vuelva lo hará en la misma situación jurídico-administrativa y con el mismo estatus mediante una simplificación de los procedimientos administrativos establecidos reglamentariamente. Y, a decisión de la persona extranjera que vuelve a España tras dicho período de años, subjetivamente tendrán la preferencia en la incorporación al mecanismo de gestión

colectiva de contrataciones en origen, siempre y cuando cumplan todos los requisitos establecidos al efecto tanto en la vigente Ley Orgánica 4/2000, en la Orden que la aprueba anualmente y en las correspondientes ofertas de trabajo.

Por tanto, unas medidas y derechos preferenciales que, en cierta medida, tienen carácter continuista con respecto a la lógica y carácter del marco restrictivo regulador de la inmigración extranjera en España. Sin duda alguna, la eficacia de los mismos se ha de evaluar cuando estas personas se planteen el regreso a España y cuántos vuelven de un modo efectivo. Pero, al margen de ello, también es importante reflexionar sobre la eficacia social de esta medida y este aspecto concreto; sobre la posibilidad de llegar a conocer si esta persona tiene voluntad e interés en volver a una sociedad en la que probablemente se encontraba integrada sociolaboralmente y que, por una coyuntura de crisis económica internacional, voluntariamente regresó a su país de origen. Un país que también puede sufrir los efectos de la misma y que, en consecuencia, las condiciones sean incluso peores y, por ende, les impulse a iniciar un nuevo proyecto de vida migratorio hacia otro país donde no tenga vetado el material derecho a inmigrar.

v) Las ayudas complementarias tendentes a favorecer el retorno

Tratando de fomentar y ayudar a cubrir los gastos que tiene el retorno para aquellas personas trabajadoras extranjeras inmigrantes -o de su familia- que lo han decidido ejercer voluntariamente, una medida socioeconómica de especial interés es la establecida en la disposición adicional primera del Real Decreto 1800/2008 de desarrollo del Real Decreto-Ley 4/2008. En ella, complementaria y compatiblemente junto a las ya analizadas, son fijadas un conjunto de ayudas y acciones por parte del Gobierno que tratan de facilitar en la medida de lo posible el retorno.

Como objetivo para dar a conocer con toda su significación y alcance esta medida entre la población extranjera, bien el Ministerio de Trabajo e Inmigración directamente o a través de otras entidades públicas o privadas, se compromete a prestar toda la información necesaria para aquellos que muestran interés o pretenden informarse sobre la posibilidad de retorno establecida. Por otra parte, se entiende -porque no concreta y lo realiza en blanco- que las medidas a las que hace alusión esta disposición adicional primera son económicas. Es así porque éstas las tiene que establecer el

Ministerio de Trabajo e Inmigración en el marco de sus posibilidades presupuestarias. Con ello, podrán ser de mayor o menor cuantía significativa según el momento concreto. Y, se ha de entender igualmente que se tratarán de ayudas para el viaje y para el desplazamiento del trabajador extranjero inmigrante hasta el lugar de partida. No tanto desde una perspectiva económica y sí más sociolaboral, también se contempla la posibilidad de que el Ministerio de Asuntos Exteriores –distinto al principal implicado en esta posibilidad de retorno, como es el de Trabajo- mediante la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo o a través de sus entidades públicas y/o privadas, preste una ayuda y apoyo a los trabajadores extranjeros nacionales de países contemplados en el vigente Plan Director de la Cooperación Española –restringiéndose así una vez más el ámbito subjetivo- para la facilitación de su reintegración social y laboral, favoreciendo iniciativas conjuntas de desarrollo y empleo impulsadas en el país de origen comúnmente. Es decir, todo se concreta en intenciones, pero las medidas específicas son remitidas.

Finaliza esta disposición establecedora de ayudas y acciones haciendo aún más compleja la posibilidad de una gestión eficaz, útil y accesible de la misma –en contra de lo que se establece formalmente- para las personas extranjeras que han decidido retornar y que cuentan con un plazo muy concreto y muy corto de treinta días naturales para marcharse a su país. Es así porque los dos Ministerios antes aludidos –Trabajo e Inmigración y Asuntos Exteriores- se pueden coordinar y colaborar en el ámbito de sus competencias con la ayuda de entidades y organismos de carácter público y privado. Más trámites administrativos en una situación de carrera contrarreloj para el retorno efectivo.

B.2)- Sentido y alcance del repensado derecho al retorno voluntario: balance y perspectivas de futuro

El repensado derecho al retorno voluntario capitalizando la prestación contributiva por desempleo a favor de unos determinados nacionales extranjeros en situación legal de desempleo, presenta más retrocesos que avances desde los propios postulados del paradigma del Derecho Social y su lógica integradora en el marco de un Estado social de Derecho como el español. Éste debe impregnar transversalmente del

lógico carácter social y humanitario -en su acepción más genuina- al Derecho Migratorio y de Extranjería.

Partiendo de esta premisa, es necesario replantear si este Real Decreto-Ley es una ayuda a los trabajadores extranjeros inmigrantes como se defiende en el texto legal, porque si deciden retornar voluntariamente, implícitamente, están renunciando a recibir la ayuda económica del subsidio por desempleo y la posibilidad de acceder a otros mecanismos protectores de corte más asistencialista, como las rentas mínimas de inserción puestas en marcha en las distintas Comunidades Autónomas. Es decir, están renunciando obligatoriamente con fundamento en estos dos instrumentos normativos, a prestaciones sociales para las que han venido contribuyendo a lo largo de su vida laboral activa. Se mercantiliza, por tanto, su mano de obra comprándoles el retorno a aquellos que voluntariamente accedan a venderlo ante la situación sociolaboral crítica que puedan presentar temporalmente y para la que durante un tiempo limitado tienen la cobertura social debida para reincorporarse al mercado de trabajo, para desarrollar la actividad laboral correspondiente ante una oferta de empleo a la que hayan concurrido. Unas ofertas que, en el marco de la crisis económica actual, aparecen como deficitarias ante las elevadas tasas de desempleo existentes que el Gobierno pretende aliviar y bajar con esta medida concreta del retorno para el colectivo específico de personas extranjeras.

Es más, en este contexto se afirma y defiende el retorno como un instrumento de la política de codesarrollo en relación a los países procedentes de la inmigración y a los que se pretende que estas personas retornen. En este sentido, el retorno no debe ser clave en las mismas, pues las circunstancias en dicho país pueden ser peores debido a la actual coyuntura de crisis de carácter internacional y ayude más bien a empeorar las condiciones sociales en dichos países. Las políticas de codesarrollo deben de ser más serias, efectivas y socialmente comprometidas, con medidas específicas y acciones concretas a desarrollar en los países de los que son nacionales estas personas que retornan, pues si no, tras un tiempo -no muy extenso probablemente- de nuevo se verán empujados a emigrar como un día lo hicieron hacia España. Eso sí, a un país distinto como mínimo en tres años. Se rompe así el sentido y alcance que puedan tener las pretendidas migraciones circulares estacionales entre países desarrollados y subdesarrollados o en vías de desarrollo atendiendo a necesidades económico-laborales.

Todo ello conduce a que en las revisiones anuales de la efectividad de este plan de retorno voluntario que realice el Gobierno –*ex* disposición adicional segunda del Real Decreto 1800/2008- necesariamente se deba tener en cuenta la dimensión social en la evaluación de la efectividad de esta medida y no sólo los meramente cuantitativos en términos de alivio –o no- sobre la presión del mercado de trabajo nacional y en base a los cuales se califique a esta medida como de exitosa o fracasada. Si lo propuesto se produce, con fundamento en el criterio de necesidad con el que se rige la política de inmigración española y una vez que se calmen y dejen de notar los efectos de la actual crisis económica, entendemos que los criterios de retorno en forma de compromisos y obligaciones para las partes se flexibilizarán atendiendo, lamentablemente, a los estrictos intereses para el desarrollo adecuado del mercado productivo, economía y sociedad española. Y no a la condición, ante todo de persona, que tienen los protagonistas de estos flujos migratorios.

3.2.- DERECHO A LA PROTECCIÓN FRENTE A SITUACIONES DE DEPENDENCIA

Jurídico-legalmente, en el artículo 1 de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, se configura un derecho social de ciudadanía con un marcado carácter fundamental –en este caso, material- a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. A tal fin, se crea el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en el que colaboran todo el conjunto de Administraciones Públicas y que, en cualquier caso, queda garantizado por el Estado, si bien en lo referido al contenido mínimo común de derechos para todos.

La, *a priori*, universalidad de este derecho mediante su atribución al conjunto de personas que se encuentren en la situación advertida y que, por ende, necesiten una tutela protectora prestacional, se fractura, *a posteriori*, con el sentido y el alcance de la competencia exclusiva del Estado bajo la que se dicta: la regulación de *las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales conforme al artículo 149.1.1 de la Constitución –ex* disposición final 8ª y artículo 1 de la misma-. Con esta

función estatal, queda limitada en sentido excluyente para con las personas extranjeras las posibilidades de ejercicio del derecho subjetivo establecido también en el propio artículo cuarto del texto legal: el derecho social a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones y servicios previstos en la propia Ley para la tutela de las situaciones de dependencia.

Asimismo, también derivada de esta función constitucional, desde una perspectiva formal *stricto sensu*, este derecho social prestacional de protección, su ejercicio y sus contenidos, se encuentran al margen de la Seguridad Social⁷¹¹, al no utilizarse el título competencial del artículo 149.1.17 de la Constitución, por el que se atribuye al Estado la competencia sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social. Como también, igualmente, se hallan respecto a la asistencia sanitaria, pues el 149.1.16 atribuye al Estado la competencia sobre las bases y la coordinación general de la sanidad⁷¹².

No se ha de comprender lo mismo en relación al título competencial de la asistencia social establecido en el artículo 148.1.20, por el que se atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia en materia de prestaciones que tienen ese carácter y naturaleza. Por más que formalmente para su desarrollo y contenido se haya constituido *ad hoc* el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, materialmente, es un derecho social fundamental encuadrable en el derecho a los servicios y prestaciones sociales reinterpretados por aquélla –como se analiza en el siguiente apartado-. Es así porque, según el artículo 16.1 de la citada Ley 39/2006, las prestaciones y servicios para atender a estas situaciones de dependencia se realiza

⁷¹¹ Ello no implica que, desde una perspectiva amplia y general de política del derecho –por tanto, no particularizando en el caso español-, sí se pueda considerar a sus contenidos, prestaciones y servicios como materia de Seguridad Social, atendiendo a la protección omnicompreensiva que, desde sus orígenes, ha tratado de brindar ésta a la persona. En este sentido, DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y estudio preliminar sobre *la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social* por VIDA SORIA, J., cit., *passim*.

⁷¹² Desde una idéntica concepción amplia y general de política del derecho, paradójico es, al respecto, que determinadas prestaciones proporcionadas por el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para hacer efectivo y dotar de contenido a este derecho, normativamente son consideradas y calificadas como prestaciones sociosanitarias. Ahora bien, en sus contenidos son tan particulares que, en el fondo, se diferencian de las estrictamente sanitarias.

mediante los servicios sociales de las Comunidades Autónomas y las competencias por ellas asumidas al respecto⁷¹³.

Para las personas extranjeras, atendiendo a la fractura que presenta este derecho en relación a su universalidad por medio de la función constitucional apuntada, la configuración jurídico-legal de este derecho y, por tanto su titularidad y ejercicio, no encuentra mención expresa en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, por más que la propia Ley 39/2006 remita en blanco a la anterior –junto a los tratados internacionales y los convenios que se establezcan con los países de origen-. Ello obliga a entender, implícitamente, que el mismo se incluye en el derecho a los servicios y prestaciones sociales establecido en el artículo 14.2 –analizado a continuación-⁷¹⁴.

Sin embargo, pese a esta remisión, es la propia Ley 39/2006 la que concisamente fija la titularidad del derecho para las personas extranjeras sobre un criterio objetivo explícito y otro subjetivo implícito, *ex* interpretación conjunta de los artículos 5.1 y 5.2: el primero, estar en situación de dependencia en cualquiera de los grados definidos legalmente y, el segundo, estar en situación de residencia de larga duración, al exigirse una residencia mínima en España de cinco años, de los que dos tienen que ser anteriores a la fecha de presentación de solicitud. La cuestión problemática es la interpretación del término residencia, pues de ésta última se puede entender la meramente fáctica, mientras que en la vigente Ley Orgánica 4/2000, se considera a la misma como residencia legal. Atendiendo a la remisión realizada por la primera a ésta última, así como a la presupuesta especificidad de los servicios y prestaciones sociales enmarcadas

⁷¹³ *Vid.*, en relación, BAVIERA PUIG, I., *La protección de la dependencia: un estudio global: claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2007, *passim*.

⁷¹⁴ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007, p. 179. Asimismo, DURÁN BERNARDINO, M., “Protección jurídico-social de los extranjeros dependientes”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., p. 702.

en este derecho por la situación concreta que se atiende⁷¹⁵, se ha de comprender la exigencia de la residencia legal.

Queda configurado así, de una manera muy restrictiva, el derecho social fundamental de prestación de protección frente a las situaciones de dependencia. No atribuye el mismo a las personas extranjeras inmigrantes en situación de residencia regular con carácter temporal. Un nuevo paso al frente del legislador –en forma de retroceso- en la regulación excluyente de un derecho social de prestación financiado vía impositiva –asumida conjuntamente por el Estado y las Administraciones Territoriales- que va más allá del eje regularidad-irregularidad administrativa, ya que no sólo lo condiciona a la situación de regularidad de la persona, sino también a la duración de la residencia⁷¹⁶, ligándolo, por tanto, directamente al tipo de permiso de residencia que tenga en vigor la persona extranjera.

3.3.-DERECHO A LOS SERVICIOS SOCIALES

En un modelo de Estado social consolidado como el español, la conformación de un nivel de protección social más allá del sistema de Seguridad Social e independiente al mismo que proteja a las personas con necesidades vitales más acuciantes cuando la cobertura del anterior se ha agotado, es clave. A modo de última red protectora, en este nivel de protección es fundamental –materialmente- otro derecho social de prestación por antonomasia: el derecho a los servicios sociales. Para el mismo, es consustancial y esencial la prueba de necesidad, ya que la persona que ejerce este derecho ha de

⁷¹⁵ Presupuesta por el vacío legal existente al respecto, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Artículo 14. Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., p. 257.

⁷¹⁶ Para un sector de la doctrina, la finalidad de la introducción de un plazo de residencia legal es previsor y preventiva, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, cit., pp. 165-166. Este planteamiento entronca directamente con la defensa de que el legislador busca una vinculación con España de cierta permanencia para atribuir y poder ejercer este derecho, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Artículo 14. Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., p. 255.

demostrar tanto la situación de necesidad como la insuficiencia de medios que permitan cubrir la misma, quedando así justificado formal y materialmente el acudir –por medio de este derecho- a la protección enmarcada e incluida en el mismo. Se trata así de atender necesidades sociales y cubrir e impulsar a personas en situación de desventaja social. En consecuencia, queda definido como un derecho social fundamental de la persona, más allá de su condición de trabajador⁷¹⁷. Más particularmente, de la persona en una situación muy vulnerable, en la frontera de la exclusión social o con serios problemas para su efectiva integración social⁷¹⁸. Se configura así como un derecho social fundamental de integración.

Sin embargo, pese a la relevancia del mismo, este derecho a los servicios sociales no queda ni reconocido ni definido constitucionalmente de un modo expreso con carácter general, bien como derecho fundamental o bien como principio rector de la política social⁷¹⁹. Tan sólo hay una mención subjetiva y particular, ya que en el artículo 50 de la misma, para las personas de la tercera edad⁷²⁰, se garantiza por parte de los poderes públicos la promoción y garantía de su bienestar a través de un sistema de servicios sociales en relación a cuestiones como la salud, la vivienda, la cultura y el ocio⁷²¹. No es por tanto, artículo de referencia en la conformación general de la protección dispensada por estos servicios sociales.

Esta formalidad obliga a reconducir interpretativamente los servicios sociales por medio de la asistencia social, por más que conceptualmente, desde el ámbito

⁷¹⁷ Destacando este carácter universal, BAYARRI I CATALÁN, V. y FILLAT DELGADO, Y., *Derechos y Servicios Sociales. Por un Sistema de Servicios Sociales universal, garantista y de calidad: un derecho básico para la igualdad y el desarrollo humano*, Cinca, Madrid, 2011, pp. 78-79.

⁷¹⁸ Es significativo, al respecto, que en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establezca, en el marco de un derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho de la persona –así como de su familia-, a los *servicios sociales necesarios*.

⁷¹⁹ En este sentido, ALEMÁN BRACHO, C., “Los servicios sociales en la democracia”, en *Fundamentos de servicios sociales*, AA. VV., ALEMÁN BRACHO, C. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 186-190. Igualmente, ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M^a, “Los servicios sociales: sistema público de protección social”, cit., pp. 683-688.

⁷²⁰ *Vid.*, al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1803 y ss.

⁷²¹ Amparándose en esta mención específica constitucional, también se apunta que los servicios sociales no sólo brindan protección a la persona, sino también bienestar social, ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J. M. y GARCÍA SERRANO, M., *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 27-34.

doctrinal, se hayan tratado de diferenciar, cuando presentan claras semejanzas y comparten finalidades de fondo⁷²². En este sentido, se ha argumentado que la asistencia social hace referencia a las prestaciones individualizadas que atienden las necesidades más básicas de las personas sin recursos suficientes; mientras que los servicios sociales son prestaciones técnicas tipificables dirigidas a todas las personas, pudiéndose particularizar éstas en colectivos concretos atendiendo a sus necesidades específicas⁷²³. Así, paradigmáticamente, las personas extranjeras pueden estar cubiertas por una u otra, o ambas, ya sea en función de si se trata de una persona necesitada de protección o ya sea en función de si se trata de una persona miembro del colectivo inmigrante extranjero para el que se establece una atención particularizada en orden a sus circunstancias concretas y específicas⁷²⁴.

Matizada esta cuestión, la reconducción interpretativa terminológica y conceptual ha originado que los servicios sociales se descentralicen. Las distintas Comunidades Autónomas han asumido competencias en esta materia mediante el artículo 148.1.20 de la Constitución, ya que en virtud del mismo éstas pueden asumir competencias en materia de asistencia social. Como consecuencia, estos servicios sociales reinterpretados vía asistencia social, necesariamente deberán ser aquellos que, en ningún caso, pertenecen o se incluyen en el sistema de Seguridad Social, tal y como ha refrendado paradigmáticamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 146/1986, al definir y considerar a aquella como *el conjunto de acciones y técnicas de protección que quedan fuera del sistema de Seguridad Social*.

Bajo esta clave interpretativa y sobre el modelo jurídico-constitucional de distribución de competencias, las Comunidades Autónomas han ido progresivamente desarrollando auténticas y genuinas leyes reguladoras de los servicios sociales. Desde

⁷²² Pese a ello, también se ha de dejar constancia de que, en el marco del sistema de Seguridad Social, se consideran prestaciones diferentes, tal y como se recoge en el artículo 38 de la Ley General de Seguridad Social, así como en su posterior desarrollo en capítulos distintos: el V para los servicios sociales y el VI para la asistencia social. Vid., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “Servicios sociales” y DE LA VILLA GIL, L. E., “Asistencia social”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R., (dir. y coord.), cit., pp. 1283-1286 y 203-206, respectivamente; ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M^a, “Los servicios sociales: sistema público de protección social”, cit., pp. 671-677.

⁷²³ Sistemáticamente, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La protección social de los extranjeros en España”, *Revista Aranzadi Social*, Tomo V, 2001, p. 1292.

⁷²⁴ En este sentido, VALDUEZA BLANCO, M^a D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 351.

una perspectiva unificadora, todas ellas los han entendido como un conjunto de recursos, equipamientos, proyectos, programas y prestaciones destinados a promocionar el desarrollo de las personas, a prevenir y eliminar las causas de marginación y exclusión social, a satisfacer las necesidades sociales básicas y a mejorar la calidad de vida de las personas a fin de obtener unas mayores cotas de bienestar social⁷²⁵. Así, implícitamente, desde la práctica jurídico-legal, se conciben a los servicios sociales como parte de la asistencia social⁷²⁶. Todo ello sin olvidar la importancia que también tienen en esta materia los propios municipios, pues según el artículo 25.2 k) de la Ley 7/1985, Reguladora de Bases del Régimen Local, éstos pueden ejercer competencias – en el marco de la legislación estatal y autonómica- en *la prestación de los servicios sociales y de promoción y de reinserción social*, siendo obligación la prestación de los mismos en municipios con una población superior a los 20000 habitantes –*ex* artículo 26.2 c) de la anterior-⁷²⁷.

Este planteamiento, desde la perspectiva de los derechos, tiene una significación muy importante, ya que el ejercicio del mismo y los contenidos de estos servicios sociales, dependerán de las Comunidades Autónomas y, en cierta medida, de los Ayuntamientos de los municipios. Un derecho social fundamental de la persona, su contenido, su efectividad y la protección dispensada por el mismo queda condicionado y sujetado a éstas últimas. Ahora bien, esto no significa que puedan generarse diferencias de trato en la titularidad y ejercicio del mismo⁷²⁸. Todas ellas atienden, en el caso de las

⁷²⁵ BLASCO RASERO, C., “La protección de los extranjeros por los sistemas autonómicos de servicios sociales”, en *La protección social de los extranjeros en España*, AA. VV., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.), cit., p. 362. Asimismo, ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M., “Los sistemas de servicios sociales en las Leyes autonómicas de servicios sociales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 152, 2011, pp. 975-978; ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J. M. y GARCÍA SERRANO, M., *Servicios sociales públicos*, cit., pp. 60-63.

⁷²⁶ Se ha apuntado la denominación de servicios asistenciales, mezclando así ambas denominaciones, CEINOS SUÁREZ, Á., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 465. Por la importancia de las Comunidades Autónomas en esta materia, también se ha defendido el origen de un federalismo social, BAYLOS GRAU, A. y ROMERO RÓDENAS, M^a J., “Centralización y descentralización en el modelo español de federalismo social”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (coords.), cit., pp. 168-174.

⁷²⁷ *Vid.*, al respecto, CUEVA PUENTE, M^a C., “Aspectos jurídicos de la prestación de servicios sociales a la población inmigrante por parte de los ayuntamientos”, *Revista Documentación Laboral*, núm. 86, 2009, pp.113-141.

⁷²⁸ Sobre todo, en aras de lograr su efectividad, BAYARRI I CATALÁN, V. y FILLAT DELGADO, Y., *Derechos y Servicios Sociales. Por un Sistema de Servicios Sociales universal, garantista y de calidad: un derecho básico para la igualdad y el desarrollo humano*, cit., p. 79-80.

personas extranjeras, a lo definido y establecido con carácter general en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

En esta Ley, en el mismo artículo legal en el que se completa el reconocimiento del derecho a la Seguridad Social, se establece también el derecho a los servicios sociales. *A priori*, la configuración legal de este derecho necesita de una doble matización inicial: en primer lugar, en cuanto que este derecho implica una protección social externa al sistema de Seguridad Social para la persona extranjera, es deficiente la técnica jurídica por la que se recoge en un mismo artículo junto al derecho citado y, además, en el mismo título del artículo, dificultándose así su interpretación adecuada y correcta, si bien se ha de reconocer que en sus apartados segundo y tercero no es utilizado en ningún momento –ni remitido o referenciado- aquél⁷²⁹; y, en segundo lugar, el propio artículo 14 presenta un título incompleto, al hacer referencia sólo a los servicios sociales, cuando estos necesariamente se han de comprender también junto a las prestaciones sociales, tal y como se especifica en el desarrollo interior de los preceptos 14.2 y 3 –derecho a los servicios y a las prestaciones sociales-.

En cualquier caso, particularmente, este derecho ha experimentado un avance progresivo y paulatino en su reconocimiento, titularidad y ejercicio, si bien siempre –y todavía hoy- condicionado a las autorizaciones administrativas. En un primer momento, con la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, las personas extranjeras residentes legales tenían derecho a las prestaciones de asistencia y servicios sociales, con lo que sólo aquellas que se hallasen en posesión del permiso de residencia, tenían reconocido este derecho en términos de titularidad y ejercicio. La posterior Ley Orgánica 4/2000 –a lo largo de sus distintas reformas y en la versión vigente- continúa manteniendo este derecho para las personas extranjeras residentes –se sobreentiende, igualmente, la necesidad del permiso de residencia- pero ha ampliado el ámbito subjetivo y, por tanto, la protección efectiva proporcionada por este derecho, bien a determinados colectivos particulares indistintamente a su situación

⁷²⁹ Este hecho constituye una manifestación expresa de que los servicios y las prestaciones sociales aludidas en este artículo es una protección social ajena al sistema de Seguridad Social, GRANADOS ROMERA, M^a I., “Trabajadores extranjeros, servicios y asistencia sociales”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., p. 308.

administrativa, bien en determinados supuestos a las personas extranjeras en situación administrativa irregular. Y lo hace de una forma muy compleja, nada clara y asistemática. Aspectos técnico-jurídicos que no han sido reformados a lo largo de los años de vigencia de esta Ley en aras de una mayor claridad interpretativa.

Desde esta premisa, siguiendo con la necesidad de la exigencia de las autorizaciones administrativas para el acceso a estos servicios y prestaciones sociales, en la vigente Ley Orgánica 4/2000, el que explícitamente se aclare en el artículo 14.2 que sólo los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales, implica implícitamente el hecho de que esta persona se encuentre en España en situación administrativa regular y, por ende, conforme a los requisitos establecidos que habilitan la permanencia de esta persona en España en cualquiera de las situaciones reguladas y previstas –*ex* exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009-. De una primera lectura e interpretación, quedan excluidas de este derecho aquellas personas extranjeras en situación administrativa irregular. Una exclusión matizada en el posterior apartado de este artículo, el tercero.

En este sentido, el artículo 14.2 y 14.3 complejiza significativamente la interpretación del conjunto y catálogo de prestaciones incluidas en los servicios sociales definidos por las Comunidades Autónomas. Es más, introduce esta complejidad tanto en la titularidad como en el ejercicio del derecho a los servicios sociales⁷³⁰. Y lo hace, precisamente, jugando con la adjetivación de los mismos. Así, en primer lugar, aquellas personas extranjeras que residan conforme a la legalidad vigente, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales, de una parte, generales y básicas y, de otra parte, las específicas, al igual que las personas nacionales españolas. Y, en segundo lugar, las personas extranjeras, independientemente a su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. En consecuencia, en este derecho social fundamental de configuración legal, para las primeras existe una equiparación e igualdad absoluta entre personas extranjeras y nacionales en la titularidad, ejercicio y acceso a los servicios y prestaciones sociales; y, para las segundas, un principio de equiparación e igualdad limitada sólo a los servicios y prestaciones sociales básicas. Se

⁷³⁰ Incluso se apunta que es necesaria la delimitación entre prestaciones y servicios sociales, en clara concordancia con el título del artículo, FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., p. 465.

ha de entender que esta equiparación e igualdad limitada se realiza sobre la base de las necesidades vitales mínimas a cubrir por todas las personas, pasando la nacionalidad y la condición administrativa a un segundo plano.

Ahora bien, este modelo general y estos principios resultantes no han sido respetados jurídico-políticamente. Las diferentes Comunidades Autónomas, en sus respectivas leyes sobre servicios sociales, han ido matizando y perfilando este mandato del legislador, hasta el punto de existir una discrecionalidad administrativa en forma de condicionalidad del acceso a los servicios sociales mediante requisitos como el empadronamiento o la asistencia y superación de cursos de integración social⁷³¹. Precisamente, se ha de corregir esta tendencia político-jurídica, asegurando así la universalidad –limitada- de estos servicios y prestaciones sociales en cuanto instrumento de inclusión e integración, garantizando el acceso a los mismos por el conjunto de las personas en condiciones de equidad⁷³².

Tanto para el caso de los servicios y prestaciones sociales reconocidas legalmente, como para los concretos en materia de dependencia también establecida legalmente, la cuestión problemática se halla respecto a lo que se deba de entender por servicios y prestaciones sociales generales y básicas, de un lado, y específicas, de otro. No se establece jurídico-legalmente ninguna definición concreta y concisa de las mismas, ni en la propia Ley Orgánica 4/2000, ni en su reglamento de desarrollo, ni en la Ley General de Seguridad Social, ni en ninguna otra de carácter estatal. Este hecho se transforma en una inseguridad político-jurídica. Las leyes autonómicas de servicios sociales tampoco utilizan uniformemente esta catalogación, con lo que unas determinadas prestaciones y unos servicios –también las enmarcadas en el derecho de atención a las personas en situación de dependencia-, se pueden incluir en unas o en otras y, consecuentemente, unas personas extranjeras tendrán acceso a las mismas o no,

⁷³¹ Sistemáticamente, desdoblado esta tendencia, CAICEDO CAMACHO, N., “El acceso de los extranjeros a los servicios sociales”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., p. 100.

⁷³² En consonancia, el II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014), en materia de servicios sociales, parte de la gestión de los mismos por las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos y diagnostica la necesidad urgente de definir criterios comunes y coordinar políticas en esta materia, marcándose como objetivo la garantía del acceso y uso de los servicios públicos del conjunto de la ciudadanía en condiciones de equidad, AA. VV., *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, cit., pp. 150-152.

pese a estar en una misma situación administrativa pero en Comunidad Autónoma diferente⁷³³.

Tratando de aportar luz a esta controvertida cuestión y solventarla, se debería de considerar servicios y prestaciones sociales básicas a aquellas que contribuyen de un modo decidido a la cobertura de necesidades vitales. Una concepción nada objetiva, de nuevo, abierta a lo que subjetivamente se debería de entender por éstas últimas, ya que pueden ser unas para una persona o un colectivo concreto y pueden ser otras para otra u otros. Para evitar diferenciaciones injustificadas, el conjunto de leyes autonómicas que se ocupan de regular los servicios sociales entienden por básicos –expresamente Castilla y León y Cataluña- a aquéllos de base –Extremadura, Navarra-, generales –Aragón, Asturias, Canarias, Castilla La Mancha, La Rioja, Comunidad Valenciana-, comunitarios –Andalucía, Islas Baleares, Galicia-, de atención primaria –Cantabria, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco-, de primer nivel –La Rioja-; frente a los especializados –Andalucía, Aragón, Asturias, Islas Baleares, Canarias, Castilla La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, La Rioja, Comunidad Valenciana- que son aquéllos muy concretos, específicos –Castilla y León- y, por tanto, de atención especializada –Cantabria, Madrid, Navarra-, secundaria –País Vasco- o de segundo nivel –La Rioja-⁷³⁴. Una denominación que, formalmente no coincide con la expresada en la vigente Ley Orgánica 4/2000, pero que materialmente, en contenidos prestacionales y de ejercicio del derecho, sí tienden a armonizarse y convenir.

Pese a que estos aspectos y dimensiones no hayan sido modificados por las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 4/2000 experimentadas hasta el momento,

⁷³³ Se ha advertido que, si uno de los objetivos de la vigente Ley Orgánica 4/2000, es el fomento y consecución de una efectiva integración social de las personas extranjeras, no se puede dejar a discrecionalidad normativa de las Comunidades Autónomas determinar qué servicios y prestaciones sociales son básicas y cuáles no, o qué necesidades básicas se han de cubrir y cuáles no, porque se generarían situaciones de desigualdad, GRANADOS ROMERA, M^a I., “Trabajadores extranjeros, servicios y asistencia sociales”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.) cit., p. 314. Asimismo, advirtiendo de la posible vulneración del principio de igualdad, ALONSO GARCÍA, B., “El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, 2002, p. 206.

⁷³⁴ En este sentido, BLASCO RASERO, C., “La protección de los extranjeros por los sistemas autonómicos de servicios sociales”, en *La protección social de los extranjeros en España*, AA. VV., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.), cit., p. 372. Asimismo, ALONSO SECO, J. M. y FERNÁNDEZ SANTIAGO, P., “El sistema público de servicios sociales”, en *Fundamentos de Servicios Sociales*, AA. VV., ALEMÁN BRACHO, C. (coord.), cit., pp. 265 y ss.

desaprovechándose así oportunidades para ganar calidad técnico-jurídica en la delimitación clara del auténtico y genuino sentido y alcance socioprotector del derecho, la última reforma sí ha representado un sustancial avance en la regulación de este derecho a los servicios y prestaciones sociales, sobre todo de cara a la extensión de su ámbito subjetivo y efectividad concreta para un determinado colectivo de personas extranjeras. En este sentido, en el artículo 14.2 *in fine*, de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se configura un verdadero derecho social fundamental de prestación en cuanto derecho de ciudadanía para aquellas personas extranjeras con discapacidad, menores de dieciocho años⁷³⁵. Para éstos, legalmente se establece, en el marco del general derecho a los servicios y prestaciones sociales externos al sistema de Seguridad Social, el derecho a recibir el tratamiento, los servicios y los cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. Se deberán entender también incluidos los directamente relacionados con la situación de dependencia que presente el menor como consecuencia de su discapacidad, pues la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, establece claramente en su artículo 5.2 *in fine*, que para éstos se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes y en los tratados internacionales, no encontrando en ellos referencia alguna a la necesidad o exigencia de la situación de regularidad o irregularidad de residencia del menor⁷³⁶.

Estas personas, en cuanto contenido prestacional del ejercicio efectivo de este derecho social, recibirán las mismas y los servicios correspondientes independientemente a su condición administrativa, ya que se configura como una excepción a la exigencia de la residencia legal mediante las expresiones *en cualquier caso* y *domicilio habitual*. Ahora bien, respecto a esta última precisión, no se aclara si

⁷³⁵ La envergadura de esta novedad introducida, deja en un segundo plano otra novedad introducida en la totalidad del propio artículo, como es el cambio de tiempo verbal en que se redacta el derecho, al pasar de la forma futuro al presente, BLASCO RASERO, C., “La protección de los extranjeros por los sistemas autonómicos de servicios sociales”, en *La protección social de los extranjeros en España*, AA. VV., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.), cit., p. 371. Ahora bien, es significativo que en la ampliación incondicionada del ámbito subjetivo de este derecho para el colectivo citado, a diferencia del resto del artículo, se encuentra redactado en futuro, como este artículo en versiones anteriores de la Ley Orgánica 4/2000.

⁷³⁶ Reflejo de ello es que, de una parte, la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, al establecer el derecho del niño impedido mental y físicamente a recibir los cuidados especiales; y, de otra parte, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, al prever con carácter general que los menores gozarán de los derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin discriminación por razón de nacionalidad.

con la misma implícitamente se está exigiendo el empadronamiento en el municipio en el que esta persona tenga su residencia y viva habitualmente. Desde la teoría y concepción del derecho, por la propia naturaleza, especial protección y la adecuada atención a la cobertura de las situaciones de necesidad que presente este colectivo muy particular de personas extranjeras, no se ha de entender así. Se configuraría así este derecho para este colectivo como social fundamental de la persona en su máxima expresión, sentido y alcance. Ahora bien, la lógica jurídica obliga a entender que, para que estas personas puedan beneficiarse de este derecho, como mínimo –e independientemente a su situación administrativa- tendrán que encontrarse empadronadas. La vigente Ley Orgánica 4/2000 no lo menciona de un modo explícito, pero la inclusión de la expresión domicilio habitual así obliga. Su justificación clara se halla, de una parte, en el artículo 6.3 de la propia Ley, por el que los Ayuntamientos han de incorporar al padrón a los extranjeros que tienen su domicilio habitual en el municipio; y, de otra parte, en el artículo 16.1 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por el que los datos del padrón constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual. Ahora bien, no tan claro es que el artículo 15 de esta última supedita la efectividad de inscripción en el padrón a la residencia habitual en el municipio que se trate⁷³⁷. Así pues, siguiendo la tendencia de regulación compleja de este derecho, esta innovación introducida en este artículo reconociendo universalmente para un colectivo concreto un derecho social fundamental se halla sujeta no a las autorizaciones administrativas, sino al empadronamiento en el municipio en el que tenga su domicilio.

En cualquier caso, independientemente a esta situación concreta, lo que no ofrece margen de dudas ni de interpretaciones ni de confusiones, es el hecho de que, para la persona extranjera en situación administrativa regular, el haber accedido a estos servicios y prestaciones sociales –y, por tanto, haber ejercido su derecho- le genera unas mayores garantías en orden a su posición y estatus jurídico, ya que, en primer lugar, en el artículo 57.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000 –al igual que sucedía con la prestación contributiva por desempleo-, se concreta la imposibilidad de expulsarlo

⁷³⁷ Se ha considerado así que la inscripción en el padrón a efectos de prueba tiene carácter de presunción *iuris tantum*, GRANADOS ROMERA, M^a I., “Trabajadores extranjeros, servicios y asistencia sociales”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.) cit., p. 317.

mientras sea beneficiario de una prestación económica asistencial pública a fin de su inserción o reinserción social o laboral; y, en segundo lugar, la autorización conjunta de residencia y trabajo se renovará cuando expire y siempre y cuando la persona extranjera se esté beneficiando de una prestación económica asistencial pública para su inserción social o laboral –*ex* artículo 38.6 c) de la misma-.

3.4-DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

A diferencia de otros derechos ya analizados en este capítulo, no se establece un derecho a la asistencia sanitaria *ad hoc* de un modo específico en el texto constitucional. El mismo, deriva implícita y lógicamente del artículo 43.1, 2 y 3 de ésta, al reconocerse, respectivamente, en primer lugar, de forma impersonal –por tanto, universal- el derecho a la protección de la salud; en segundo lugar, la organización y tutela de la misma por parte de los poderes públicos mediante medidas preventivas, así como a través de las prestaciones y servicios necesarios; y, en tercer lugar, el fomento de la educación en la materia. A tal fin, es el desarrollo legal del mismo el que establece los derechos y deberes de todos al respecto: con carácter general, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y de Calidad del Sistema Nacional de Salud; y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública⁷³⁸. *A priori*, claramente, se está diferenciando constitucionalmente entre la salud en su vertiente individual -la de todas y cada una de las personas, hecho que abre indeterminadamente la expectativa al conjunto de medios adecuados para protegerla- y su vertiente colectiva -tutela conjunta de la misma impuesta a los poderes públicos-⁷³⁹. Y, *a posteriori*, se regula triplemente las dimensiones de su contenido: positiva –

⁷³⁸ En clara consonancia con el sentido y alcance del artículo 43 de la Constitución, la Ley 14/1986, estableció como uno de los principios generales, en su artículo tercero, que el sistema sanitario se orientase prioritariamente hacia la prevención y la promoción de la salud; la Ley 16/2003, sentó las bases para una prestación asistencial de calidad por los servicios sanitarios; y la Ley 33/2011, focalizó su atención en la vertiente preventiva y de protección y promoción de la salud.

⁷³⁹ APARICIO TOVAR, J., “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 1553. ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., p. 298.

derecho a un conjunto de medidas que recaen sobre el Estado-, negativa –derecho a que el Estado se abstenga de cualquier acto que lesione la salud de toda persona- e igualitaria –derecho a acceder a todas las personas, independientemente a su condición, a los servicios sanitarios-⁷⁴⁰.

En este sentido, tanto de éste último como de la consideración jurídico-constitucional de la salud como un bien social jurídico –la salud como derecho⁷⁴¹- en el seno del ordenamiento jurídico general⁷⁴², se desprende la vertiente jurídica de este derecho en un doble sentido: como un clásico derecho de prestación –un derecho a- y como un derecho de libertad. Es decir, como un derecho social de la personalidad que exige a los poderes públicos actuaciones y medidas concretas para su atención –una política sanitaria⁷⁴³-, así como de la abstención para evitar perjuicios sobre la misma. Ahora bien, formalmente, por su ubicación constitucional, en el capítulo III –de los principios rectores de la política social y económica- del título primero –de los derechos y deberes fundamentales-, *stricto sensu* no se puede categorizar al mismo, desde una perspectiva jurídico-formal, como fundamental. Sin embargo, materialmente sí se ha de considerar así: de una parte, es complementario de otros derechos fundamentales, siendo paradigmático el de la vida y la integridad física –artículo 15, contenido mínimo y presupuesto existencial para la salud-, vinculándose así con el valor de la dignidad humana reconocido en el artículo 10 de la propia Constitución; y, de otra parte, es condición previa para el ejercicio de los restantes derechos fundamentales⁷⁴⁴. Destaca así, implícitamente, el carácter inclusivo de este derecho social⁷⁴⁵.

⁷⁴⁰ BORRAJO DACRUZ, E., “Comentario al artículo 43 de la Constitución Española”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, AA. VV., ALZAGA, Ó. (dir.), Edersa, Madrid, 1996, pp. 195 y ss.

⁷⁴¹ VÁZQUEZ GARRANZO, J., “La protección de la salud”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), Tomo II, cit., p. 221.

⁷⁴² La Organización Mundial de la Salud define, en el preámbulo de su constitución, a la salud como un *estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*. En relación con esta definición, LUELMO MILLÁN, M. Á., “Salud”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dir. y coord.), cit., pp. 1251-1252.

⁷⁴³ Sobre la reorganización de la medicina en el marco de una política general de salud, DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y estudio preliminar sobre *la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social* por VIDA SORIA, J., cit., pp. 539 y ss.

⁷⁴⁴ Insistiendo en la asistencia sanitaria como un derecho fundamental que pertenece a todas las personas, así como resaltando la evolución de la provisión del servicio de asistencia sanitaria en su doble vertiente jurídica como derecho fundamental de libertad y de prestación, *vid.*, ampliamente, al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L., Y MOLINA NAVARRETE, C., “La asistencia sanitaria como derecho

Desde esta regulación jurídico-constitucional, no se desprende, por tanto, automáticamente de este artículo 43 un derecho subjetivo de la persona. Pero tampoco se ha de entender que cualquier forma de proteger a la salud es válida. Sólo vale y cabe la protección de la misma a través de la atribución de un derecho subjetivo a favor de aquellos a quienes se quiera proteger, para lo que es clave y esencial la aplicación efectiva -adecuada al canon de reconocimiento constitucional del derecho- de la legalidad ordinaria, en aras de otorgar y completar de un modo adecuado la satisfacción del principio de protección de la salud a favor de las personas. Así, el derecho se origina y tiene su razón de ser en la propia legislación infraconstitucional que lo configure⁷⁴⁶. Es un derecho constitucional de configuración legal.

En el marco de este derecho de configuración legal, es nuclear la asistencia sanitaria. Ésta, según la Organización Mundial de la Salud, es el conjunto de bienes y servicios diseñados para promover la salud. Así pues, comprende tanto los servicios médicos y farmacéuticos, como los bienes derivados de ella destinados a conservar o restablecer la salud de toda persona beneficiaria de la misma. Es una prestación técnica esencial de la protección de la salud, consistente en la prevención, mantenimiento y recuperación de la misma. Teniendo presente su contenido, sentido y alcance, el derecho a esta asistencia sanitaria, en clara consonancia con el derecho constitucional del que deriva, es un derecho de marcado carácter prestacional de configuración legal

fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N., Comares, Granada, 2007, pp. 3-50.

⁷⁴⁵ En este sentido, se afirma este carácter partiendo de que el propio derecho no radica en el adecuado cuidado de la salud, sino en su extensión al acceso a condiciones sanitarias mínimas, agua potable, nutrición básica, buena salud reproductiva, etc., GARCÍA VAZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 159.

⁷⁴⁶ Planteamiento técnico-jurídico seguido por la STC 95/2000, en relación a la negación del derecho a la asistencia sanitaria a una persona extranjera inmigrante que, careciendo del permiso de residencia, alega la protección de la salud reconocida en el artículo 43 de la Constitución española. Sobre estos planteamientos, doctrinalmente, *vid.*, APARICIO TOVAR, J., “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 1558. MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 20-21.

que se ha de reconocer a todas las personas por el simple hecho de serlo⁷⁴⁷. Es un derecho de la personalidad.

Ante esta configuración del derecho, y el mandato constitucional, aparece el Sistema Nacional de Salud como el garante institucional de la propia asistencia sanitaria, entendida ésta materialmente en cuanto derecho fundamental de marcado carácter social contra el riesgo de la enfermedad⁷⁴⁸. Es así porque el propio derecho y la protección del riesgo, quedan cubiertos sobre el fundamento en los valores esenciales de la igualdad y la solidaridad. Valores también intrínsecos al sistema público de Seguridad Social. Así, se protegen, cubren y satisfacen de un modo adecuado las situaciones de necesidad, tal y como se desprende del artículo 41 de la Constitución - derecho a la Seguridad Social- y su idéntica concepción de derecho social integrado en el capítulo tercero del título I. Ello se deduce de la interconexión existente entre, por una parte, el mismo artículo 41, por el que se encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de *un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*; y, por otra parte, del propio artículo 43.1, que reconoce el derecho a la protección de la salud.

La consecuencia inmediata y directa es que la asistencia sanitaria ligada al sistema de Seguridad Social público se configura como un sistema basado en la solidaridad de los beneficiarios, dentro de una técnica definida como actuarial. Por

⁷⁴⁷ En este sentido, destacando su universalidad, VENTURI, A., *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, cit., pp. 350-361.

⁷⁴⁸ La Ley General de Sanidad -Ley 14/1986, de 25 de abril- pretendió configurar un sistema sanitario único integrado por todos los existentes hasta su momento y que gozase de autonomía funcional y conceptual con respecto al sistema de Seguridad Social. Pero sin embargo, este sistema, denominado Sistema Nacional de Salud, se ha caracterizado por la descentralización fruto de la progresiva asunción de competencias en este ámbito por parte de las distintas Comunidades Autónomas. Esto ha supuesto que se defina legalmente tal sistema, en el artículo 44.2 de la citada ley como “el conjunto de servicios de salud de la Administración del Estado y de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas”. Con la clara intención de una adecuada construcción jurídico-política del sistema, destaca como texto jurídico-legal esencial al respecto y de referencia, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional del Salud. En este sentido, *vid.*, AA. VV., *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Volumen I, MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J. (dir. y coord.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 683-687. Asimismo, se apuesta por la interpretación de que el artículo 43 es un mandato dirigido a los poderes públicos para que organicen la asistencia sanitaria, para que adopten el conjunto de medidas necesarias a fin de lograr la prevención de enfermedades o la mejora de las condiciones sanitarias generales, DE LORA, P. y ZUÑIGA FAJURI, A., *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 197-198.

tanto, la medicina pública y la asistencia sanitaria correspondiente prestada por los organismos del Sistema se ha de mover dentro de sus límites presupuestarios⁷⁴⁹, pero a su vez con una clara vocación de generalidad y universalidad⁷⁵⁰. Ésta vocación, necesariamente se ha de entender como el derecho de toda persona al acceso a los servicios sanitarios, no de la gratuidad de los mismos en todo caso y para todos, que es diferente⁷⁵¹. Y es que el Tribunal Supremo, realizando una interpretación conjunta del artículo 102.3 de la Ley General de Seguridad Social⁷⁵² y el 18 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, derogado por el Real Decreto 63/1995, en la redacción dada por el

⁷⁴⁹ Tal y como se afirma, entre otros, en los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1986, de 16 de febrero de 1988, de 31 de octubre de 1988, de 15 de noviembre de 1989, de 16 de noviembre de 1989, de 7 de mayo de 1990, de 17 de julio de 1990, de 13 de febrero de 1994, de 30 de noviembre de 1994, de 8 de noviembre de 1995, de 13 de octubre de 1995, de 21 de diciembre de 1995, de 8 de marzo de 1996, de 26 de abril de 1996. Doctrinalmente, se ha mantenido la compatibilidad de este derecho el sistema de Seguridad Social y su organización y previsión por razones de complejidad técnica, generalización financiera y oportunidad de mayor competencia autonómica, independientemente a que cada vez más se acuda al mercado para la provisión del mismo, MOLINA NAVARRETE, C., “La protección de la salud en el Sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional”, en AA. VV., *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M^a N., (coords.), cit., pp. 1218-1219.

⁷⁵⁰ Muestra de ello es el caso del artículo 38.1 a) de la Ley General de Seguridad Social, al establecer que la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprende la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y accidentes, sean o no de trabajo.

⁷⁵¹ SERRANO FALCÓN, C., “Ámbito subjetivo. El supuesto de los nacionales de terceros países”, en *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, AA. VV., RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, M^a D. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 291. Prestando especial atención a la inmigración extranjera en relación a los sobrecostos y sobrecarga del sistema sanitario, ARBELÁEZ RUDAS, M., “Los derechos sanitarios de los inmigrantes”, en *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, AA.VV., AJA, E., MONTILLA, J. A. y ROIG, E. (coords.), cit., pp. 500-501.

⁷⁵² Al respecto, se ha de afirmar y manifestar la separación normativa de la protección de la salud con respecto a la Seguridad Social, cuyo exponente más evidente viene dado, de una parte, por la promulgación de la Ley General de Sanidad y, de otra, por la exclusión de la refundición que ha dado lugar al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994, del Capítulo IV, rubricado como asistencia sanitaria, del Título II del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974, capítulo que no ha sido derogado por aquella. Así, las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social continúan regulándose, como se ha advertido, en el Capítulo IV del Título II de la Ley General de Seguridad Social de 1974 y en las Disposiciones Transitorias Quinta (párrafos 1 a 3) y Sexta (párrafos 4 y 9). Sin embargo, estas normas han sido sucesivamente reformadas. De esta manera, el Capítulo IV ha quedado afectado por la Ley General de Sanidad y sus normas de desarrollo y por la Ley 25/1990, de veinte de diciembre, del Medicamento, actualmente derogada por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD. Éste último ha sido sustituido por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, Ley que ha sido desarrollada por el Real Decreto Ley 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD.

Decreto 2575/1973, de 14 de septiembre, ha puesto de relieve que la Seguridad Social ha de responder en su actividad a unas normas preestablecidas, en cuanto prestación de las correspondientes asistencias, a fin de garantizar tanto la eficacia como la igualdad en los servicios prestados como la necesaria estabilidad financiera del sistema, lo que supone un equilibrio entre los intereses individuales y colectivos y el reconocimiento de unos límites inherentes a la asistencia debida por la Seguridad Social, si bien éstos por su naturaleza especial no se concretan en la norma (STSJ del País Vasco, de 14 de junio de 2005, fj 3).

Asimismo, tampoco se ha de obviar la tendencia jurídico-política e institucional existente de regular separadamente la asistencia sanitaria en relación al sistema de Seguridad Social, cuyo paradigma es la propia Ley 14/1986, General de Sanidad, ya que trata de dotar claramente del carácter de autonomía a esta prestación para todas las personas, sean trabajadoras o no e independientemente a su nacionalidad. Paradigmático es, al respecto, el hecho de que la asistencia sanitaria, actualmente, no se preste por el ente gestor de la Seguridad Social, sino a través, precisamente, de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas⁷⁵³. Desde la política del derecho, no es necesaria, ni útil, una tensión o dialéctica de carácter fragmentador e independizador del sistema encargado de hacer efectivo este derecho a la asistencia sanitaria. Muy al contrario, se debe de entender a ambos como parte básica de un grupo normativo⁷⁵⁴ regulador claramente interconectado⁷⁵⁵, en aras de ofrecer la asistencia sanitaria debida para la protección de la salud, como establece la Constitución⁷⁵⁶. Muestra de ello es el hecho de

⁷⁵³ Vid., al respecto, MALDONADO MOLINA, J. A., “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 99-116.

⁷⁵⁴ Entendido éste como un conjunto de reglas jurídicas, cualquiera que sea su rango normativo, que confluyen en la regulación de un caso -en este supuesto, de la salud y la asistencia sanitaria-, no pudiendo directamente resolver la cuestión, en algunas ocasiones, sin acudir a otros grupos normativos, VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 56-59.

⁷⁵⁵ Vid., MONTOYA MELGAR, A. “Asistencia Sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (Apunte para su estudio)”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2004. Igualmente, vid., MOLINA HERMOSILLA, O., VILLAR CAÑADA, I., GÓMEZ JIMÉNEZ, J. M., “La asistencia sanitaria como prestación del Sistema de Seguridad Social y su provisión a través del Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV., *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M^a N., (coords.), cit., pp. 1225-1250.

⁷⁵⁶ En este sentido, ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., pp. 294-297.

que aquélla depende tanto de la Administración de la Seguridad Social –entidad que reconoce el derecho a prestaciones-, como de la Administración Sanitaria Autonómica –entidad encargada de otorgar el documento administrativo de la tarjeta sanitaria individual, por la que se facilita el acceso de las personas a las prestaciones concretas-⁷⁵⁷.

En cualquier caso, sí se ha de dejar claro que, si la persona demandante de asistencia sanitaria no se encuentra cubierta por el Sistema Nacional de Salud o por el Sistema de Seguridad Social, atendiendo al artículo 16 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, sí pueden acceder a los servicios sanitarios que necesiten. Ahora bien, bajo la consideración de pacientes privados y, consecuentemente, expidiéndosele, por parte de la administración del centro sanitario que se trate, una facturación de los costes efectivos en concepto de atención y servicios prestados⁷⁵⁸.

Al margen de esta circunstancia, sí se ha de tener presente que la universalidad intrínseca al derecho a la asistencia sanitaria -del acceso a los servicios sanitarios- se debe, en parte, a la inspiración del artículo 43 de la Constitución en los propios textos internacionales reconocedores del estándar mínimo de protección de los derechos humanos fundamentales⁷⁵⁹. De especial significación, al respecto, son los artículos 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el que se establece que *toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar*; el 12.1, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que *se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*; el 11, de la Carta Social Europea, que establece un específico derecho a la protección de la salud, en términos garantistas de ejercicio efectivo; o el 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por el

⁷⁵⁷ VÁZQUEZ GARRANZO, J., “La protección de la salud”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), Tomo II, cit., pp. 238-239.

⁷⁵⁸ Al respecto, el artículo 16 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, es clave en la regulación de los denominados pacientes privados, al establecer que *los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud (...), podrán acceder a los servicios sanitarios, con la consideración de pacientes privados*.

⁷⁵⁹ Específicamente, TRILLO GARCÍA, A. y LLORENTE ÁLVAREZ, A., “La regulación internacional de la protección de la salud”, en *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 51-65.

que *toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales*, especificando que *al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*. Común a todos ellos es, por tanto, su regulación en cuanto derecho social de ciudadanía reconocido a todas las personas sin discriminación alguna en la protección o tutela de la salud.

Atendiendo al caso de las personas extranjeras inmigrantes, la regulación jurídico-legal de este derecho no ha sufrido tantas modificaciones, como otros derechos ya analizados, en el sentido de avances y retrocesos. Muy al contrario, el mismo ha presentado una evolución más constante y progresiva en aras de su efectivo reconocimiento a la persona inmigrante extranjera. Se ha sustraído así a los vaivenes del propio legislador. Ahora bien, significativamente, éste siempre ha venido dejando constancia en los distintos desarrollos reglamentarios de que, desde el mismo momento de la entrada de la persona extranjera, ésta no puede suponer un peligro para la salud pública –artículo 4 del Real Decreto 557/2011-. Una manifestación clara y evidente, por parte del Estado, de la tutela de la salud pública como dimensión esencial y contenido clave del constitucional derecho a la protección de la salud.

Partiendo de esta premisa, en la Ley Orgánica 7/1985, por la dimensión de extranjería y controladora subyacente al propio texto jurídico, el legislador no reguló específicamente el derecho a la asistencia sanitaria, guardando silencio al respecto⁷⁶⁰. Este vacío legal debía de ser resuelto desde la interpretación de conjunto que propiciaba el propio texto legal en su artículo cuarto, ya que al estar incluido este derecho en el Título I de la Constitución, se entendía que los extranjeros lo tenían reconocido y podían ejercerlo en los términos legales previstos, manifestando así su naturaleza de derecho de configuración legal. Durante meses, de julio de 1985 a abril de 1986, estuvo plenamente vigente genérica regulación. La misma se vio concretada y clarificada por la propia Ley 14/1986, General de Sanidad, pues reconoció en su artículo 1.2 la universalidad del ámbito subjetivo de la misma, incluyendo, por tanto, a la población extranjera inmigrante, sin referencia a condicionante administrativo alguno. Fundamentó el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria sobre

⁷⁶⁰ FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., p.183.

criterios de residencia en territorio nacional español, sin alusión a los términos de su regularidad o irregularidad⁷⁶¹. Muestra el legislador, de un modo explícito, la conexión que el propio derecho tiene con la dignidad humana, al no introducir matización o limitación alguna⁷⁶². Se otorgaba así contenido material a uno de los principios del propio Sistema Nacional de Salud: la cobertura universal. De esta forma, las personas extranjeras inmigrantes tuvieron reconocido la titularidad y el ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones que cualquier otra persona –en este caso nacional-, con todas sus dimensiones, sentido y alcance. Eran destinatarias del mandato jurídico-legal al incluirse en su ámbito subjetivo. Ahora bien, todavía en esos momentos y durante los once años en los que estuvo vigente esta regulación sistemática y de conjunto, la inmigración extranjera aún no era una realidad social con las vigentes dimensiones.

El hecho de que desde los últimos años del siglo pasado esta inmigración extranjera alcanzase a ser una realidad social más –como lo es actualmente- motivó un cambio en el sentido y alcance de la regulación jurídico-legal específica de este derecho. Y es que esta técnica jurídica interpretativa de remisión reconocedora del derecho a la asistencia sanitaria de forma universal fue cambiada con el reglamento de desarrollo de la propia Ley Orgánica 7/1985, aprobado por medio del Real Decreto 155/1996. En el artículo noveno del mismo, se estableció que los extranjeros que se encontrasen en España en situación administrativa regular –con permiso de residencia- tenían la posibilidad de acceder a las prestaciones y servicios sociales organizados por el poder público para la protección de la salud. Se sometió así el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia sanitaria –incluido dentro de las anteriores- al permiso de residencia, pues sólo aquellos extranjeros que lo poseían podían acceder a la misma. Se vetaba la asistencia sanitaria para un conjunto de la población residente fácticamente en España, los inmigrantes extranjeros en situación administrativa irregular. Además, su protección jurídico-social se encontraba mermada, al someter el ejercicio de derechos sociales a condicionantes administrativos.

⁷⁶¹ En el artículo 1.2 de la Ley 14/1986, concretamente, se establece que *son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional*.

⁷⁶² DE VAL TENA, A. L., “El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección de la salud”, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, AA. VV., Tomo II, cit. p. 1429.

Pocos años después, en la originaria Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, ya sí se incluyó un artículo dedicado en exclusiva al derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras. En esta ocasión, el legislador sí aprovechó la oportunidad de la elaboración de un nuevo texto jurídico-legal regulador de la extranjería e inmigración –por las dimensiones que ésta tenía- para regular, entre el elenco de derechos que reconocía, uno exclusivo y separado de los demás dedicado a la asistencia sanitaria. Por su especificidad, se encuadró –y, actualmente, se encuadra-, *a priori*, en el marco del Sistema Nacional de Salud⁷⁶³. Ahora bien, ello no impidió –ni impide- que, para su total comprensión, fuese y sea necesaria su interpretación en relación al conjunto del grupo normativo interconectado ya aludido, destacando del mismo tanto el propio derecho a la seguridad social como el derecho a los servicios y asistencia sociales. Paradigmas, por ende, tanto individualmente como en su conjunto, de los derechos sociales de prestación. A diferencia de estos últimos, tanto en su regulación inicial como en las sucesivas reformas que ha sufrido la propia ley, la titularidad y ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria ha estado exento de su sometimiento a condicionantes derivados de las autorizaciones administrativas en función de su posesión o carencia. Se ha regulado atendiendo a su auténtica naturaleza y condición de derecho social de carácter fundamental.

En este sentido, el derecho a la asistencia sanitaria para las personas extranjeras en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, no es claro ni sencillo. La regulación del mismo se produce en un artículo extenso –tiene cuatro apartados-, de contenido complejo y heterogéneo⁷⁶⁴. Muestra de ello es el establecimiento de diferencias dentro del colectivo destinatario, atendiendo a

⁷⁶³ MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., p. 232.

⁷⁶⁴ MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 234 y ss. Desde idéntica perspectiva, CAVAS MARTÍNEZ, F., “Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., pp. 226 y ss. Analizando el mismo desde una óptica más amplia, ARBELÁEZ RUDAS, M., “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes. Elementos diferenciales y regulación en España”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 711 y ss.

criterios subjetivos relativos a la situación personal del extranjero, hasta el punto de que la titularidad y ejercicio de las dimensiones y contenidos de la asistencia sanitaria se subjetiva por pequeños grupos dentro del colectivo extranjero inmigrante. Se trata así de dar cumplimiento a la pretensión de acercar las diferentes prácticas sociosanitarias y los determinantes sociales de la salud, diferenciados según los colectivos particulares de extranjeros inmigrantes⁷⁶⁵. En este sentido, es clara la finalidad del artículo, ante su carencia de carácter orgánico, de establecer el régimen de disfrute por los extranjeros de este derecho, previamente regulado legalmente *ad hoc*⁷⁶⁶.

En cualquier caso, en el apartado primero de este artículo es donde, con carácter general, se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria. Y se realiza sobre criterios similares a la propia Ley 14/1986, General de Sanidad, ya que *los extranjeros que se encuentren en España (...) tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*⁷⁶⁷. Es decir, fundamenta la atribución de este derecho –su titularidad y ejercicio– en criterios de residencia material, sin supeditar el mismo al permiso de residencia u otro tipo de autorizaciones administrativas. Una interpretación que encuentra también justificación en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, al advertir de que cuando la alusión a la situación de estancia o residencia sea omitida –es el caso de la regulación de todos los derechos fundamentales–, es porque dicha situación no ha de exigirse. Asimismo, también al igual que sucedía con otros derechos fundamentales ya analizados, de nuevo se encuentra un derecho social fundamental atribuido a extranjeros utilizando a los nacionales españoles como parámetro de medida de la universalidad de los derechos humanos. Una deficiencia técnico-jurídica necesitada de corrección.

⁷⁶⁵ Este es uno de los objetivos del área de salud del II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014), AA. VV., *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, cit., p. 144.

⁷⁶⁶ Incidiendo en esta finalidad frente a la posibilidad de que el artículo 12 pretenda establecer una regulación o normativa sustantiva en materia sanitaria para extranjeros, VÁZQUEZ GARRANZO, J., “La protección de la salud”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), Tomo II, cit., p. 231. Asimismo, LANTARÓN BARQUÍN, D., “La protección de los extranjeros en el Sistema Nacional de Salud”, en *La protección social de los extranjeros en España*, AA. VV., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.), cit., pp. 437-452.

⁷⁶⁷ Una reforma que introdujo la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, fue el cambio del tiempo verbal en la redacción que atribuye el derecho a la asistencia sanitaria, pues en versiones anteriores del texto jurídico-legal estaba en futuro –*tendrán derecho...*– y en el vigente, está en presente –*tienen derecho...*–. Por tanto, es una reforma sobre la redacción del texto que no tiene alcance en la regulación del contenido y sentido del derecho concreto que se trata.

Por otra parte, esta forma universal de reconocimiento general de la titularidad y el ejercicio del derecho de asistencia sanitaria del apartado primero del artículo 12, se encuentra condicionado explícitamente no a las autorizaciones administrativas, sino al empadronamiento. Se exige a las personas extranjeras inmigrantes estar *inscritas en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual*. Es decir, el artículo 12.1 trata de que las personas extranjeras, *de motu proprio*, otorguen contenido oficial a la residencia material establecida legal y genéricamente, formalizando su inscripción en el padrón del municipio en el que efectivamente residen. El texto reformado, al cambiar el término *residan habitualmente* por *domicilio habitual* ha evitado una controvertida cuestión susceptible de haberse planteado: atendiendo al criterio interpretativo general establecido en el segundo párrafo del punto VI de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009, los términos de residencia o residente *en todo caso, deben entenderse referidos a una situación de estancia o residencia legal, esto es, conforme a los requisitos que se establecen y que, por tanto, habilitan a la permanencia del extranjero en nuestro país en cualquiera de las situaciones reguladas*. Si no se hubiese cambiado, existiría una colisión con el propio criterio de residencia material expresado en la Ley 14/1986, General de Sanidad, pues la residencia aludida entonces se transformaría en la necesidad del permiso de residencia de la persona extranjera para la efectiva titularidad y ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria, condicionándose, de nuevo, por tanto, el propio derecho a las autorizaciones administrativas. Se mostró así la voluntad del legislador de superar la atribución de derechos sobre la base de la situación administrativa⁷⁶⁸.

Más allá de esta pequeña cuestión, que pudo ser y no fue, el padrón, se ha visto instrumentalizado por la propia normativa de extranjería e inmigración, ya que se ha convertido en un elemento de control –principalmente de la inmigración extranjera en situación administrativa irregular-. En un primer momento, y hasta el año 2003, se pudo pensar que la intención que perseguía el legislador con este mandato era meramente en interés del municipio concreto que se tratase, para tener un conocimiento real de la población con la que contaba para, precisamente, organizar y canalizar de un modo

⁷⁶⁸ ARBELÁEZ RUDAS, M., “La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del artículo 12 LODYLE”, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, D. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., p. 112.

correcto, adecuado y eficiente las necesidades de los habitantes del mismo en directa relación con los servicios sociales, la educación, la sanidad, etc.⁷⁶⁹. En suma, con la inscripción en el mismo de todos sus habitantes, tuviesen la condición y/o la nacionalidad que tuviesen, se trataba de conocer el número de ellos para organizar adecuadamente su atención y cubrir sus necesidades. Así, la exigencia de empadronarse para ejercer este derecho encajaba en el marco de la regulación administrativa, según la cual cualquier persona que tenga su domicilio en España tiene la posibilidad y el deber cívico de empadronarse en el municipio en el que tiene su residencia habitual, porque el padrón municipal es concebido como un registro administrativo en aras de servir a las autoridades municipales para tener conocimiento de cuántas personas y en qué condiciones habitan en la localidad⁷⁷⁰. Sin embargo, la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, operada por medio de la Ley Orgánica 14/2003, posibilitó la cesión de los datos del padrón desde el Instituto Nacional de Estadística hacia los institutos estadísticos de las Comunidades Autónomas y a otras Administraciones Públicas, para que la Dirección General de la Policía accediese a éste en aras de la mejora del ejercicio de las competencias impuestas y establecidas de la misma sobre control y permanencia de los extranjeros en España⁷⁷¹.

Así, el padrón sufre una evolución significativa en su sentido y alcance: pasa de ser un instrumento más de inmigración que de extranjería, al utilizarse para tener un conocimiento verdadero de las necesidades de los municipios atendiendo a su número

⁷⁶⁹ Una interpretación en clara concordancia con la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, pues en su artículo 16 se define y concibe al padrón *como el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio*, aclarando que *sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo*.

⁷⁷⁰ En este sentido, *vid.*, al respecto, la Resolución del 4 de julio de 1997 sobre el nuevo sistema de gestión del padrón municipal, la Ley 4/1996, de 10 de enero, por la que se modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el padrón municipal, y el Real Decreto 2612, de 1996.

⁷⁷¹ La Ley Orgánica 14/2003, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificó para tal posibilidad, los artículos 16.3 y 17 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Por su parte, la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 14/2003 es clara respecto a la finalidad perseguida, al establecer que *para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, sobre control y permanencia de extranjeros en España; la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática*.

de habitantes y, por ende, facilitando una efectiva integración social de las personas inmigrantes extranjeras en el municipio en el que tienen su domicilio habitual para dotar de contenido a ciertos derechos de carácter social⁷⁷²; a ser un instrumento más propio de extranjería que de inmigración, por la dimensión controladora que se le ha atribuido mediante el acceso al mismo de la Dirección General de la Policía. En virtud de esta tendencia y concepción político-jurídica del padrón, para las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular, del padrón pueden derivar consecuencias jurídicas en forma de sanciones por cometer infracciones relacionadas con su estancia irregular en España. Pero tampoco se ha de obviar que también se puede convertir en un instrumento clave y esencial para su regularización administrativa, a través de la figura del arraigo social –*ex* artículo 124.2 del Real Decreto 557/2011-. El padrón es un instrumento que puede ser utilizado tanto a favor como en contra de la persona extranjera inmigrante, tanto por ella misma como por terceras personas, muy particularmente en relación a su estancia y a su estatuto jurídico de derechos⁷⁷³.

Este requisito de encontrarse empadronado, de ningún modo impide que las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular –eso sí, que se hallen empadronadas- tengan derecho a las prestaciones sanitarias en igualdad de condiciones que los nacionales. Obviamente, exactamente igual pero para las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa regular –siempre y cuando también se encuentren empadronadas-. El principio de igualdad vigente inherente a este derecho social de carácter fundamental no depende, por tanto, ni de la nacionalidad, ni de la situación administrativa de estancia, sino del material domicilio habitual en un

⁷⁷² Desde la Ley 4/1996, de 10 de enero, por la que se modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el padrón municipal, éste es un instrumento que focaliza su atención sobre la residencia habitual, sobre el domicilio habitual, de las personas, prescindiendo de la distinción entre los habitantes de la localidad, ya sean vecinos o transeúntes. Significativo e ilustrativo es, al respecto, que la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, haya empleado el término sobre el que se centra aquélla: *el domicilio habitual*. Teniendo presente esta regulación jurídico-legal vigente, se ha manifestado, al respecto, que, actualmente, el empadronamiento constituye el título habilitante para acceder a la asistencia sanitaria, JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., pp. 170-178.

⁷⁷³ Incidiendo en el acceso a determinados derechos que supone el empadronamiento, SOLANES CORELLA, Á. y CARDONA RUBERT, M^a B., “La realidad local de la inmigración: el padrón municipal como forma de integración”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), cit., pp. 291 y ss.

municipio español y de su formal inscripción en el padrón municipal⁷⁷⁴. El negar la titularidad y el ejercicio de este derecho a las personas extranjeras inmigrantes por no haberse inscrito en el padrón municipal –estén en situación administrativa regular o irregular-, obviando la temporalidad, la estacionalidad y la precariedad de los trabajos que desarrollan⁷⁷⁵, carece de justificación alguna, no ya sólo técnica, jurídica o política con respecto al carácter y naturaleza del propio derecho, sino también social, pues estas personas, por sus propias condiciones y proyecto de vida, en muchos casos pueden ser agentes potenciales propagadores de factores de riesgo para la salud de la población en general, siendo clave, entonces, la propia asistencia sanitaria preventiva y no sólo la reparadora de la salud⁷⁷⁶.

Independientemente a esta circunstancia que, necesariamente se ha de corregir en futuras reformas, sobre todo en relación a la restricción que supone sobre el ejercicio y efectividad de un derecho social, su contenido y su alcance, el artículo 12.1 extiende todo el contenido prestacional propio de la asistencia sanitaria a toda persona extranjera inmigrante –siempre y cuando esté inscrita en el padrón- tenga o no la condición de trabajadora y sea o no residente habitual del municipio en el que se halla empadronado. Es decir, la persona extranjera empadronada tiene derecho a: asistencia médica –incluyendo atención primaria y especializada-, prestaciones farmacéuticas, prestaciones complementarias y servicios de información y documentación sanitaria. Asimismo, atendiendo al grupo normativo interconectado en el que se halla este precepto, el mismo y su contenido ya apuntado entronca también directamente con el artículo 38.1 de la

⁷⁷⁴ En este sentido, GARCÍA VAZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 169.

⁷⁷⁵ Se ha señalado que estos elementos constituyen un problema de accesibilidad a este derecho para las personas inmigrantes extranjeras, ARBELÁEZ RUDAS, M., “Los derechos sanitarios de los inmigrantes”, en *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, AA.VV., AJA, E., MONTILLA, J. A. y ROIG, E. (coords.), cit., pp. 480-482.

⁷⁷⁶ MERCADER UGUINA, J. R., “La protección social de los trabajadores extranjeros” en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, AA. VV., Tomo II, cit. p. 1210. En este sentido, teniendo presente que la Ley 33/2011, General de Salud Pública, pretende fomentar la vertiente preventiva y de protección y promoción de la salud, claramente establece en su artículo sexto que *todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad, sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, (...) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Esta universalidad atributiva, entra en confrontación con la restricción introducida al respecto en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Más aún cuando, en la exposición de motivos de la Ley 33/2011, expresamente se cita a la inmigración –entre otros- como nueva realidad a la que atender para la protección de la salud y el ofrecimiento de unos servicios sanitarios de calidad.

Ley General de Seguridad Social⁷⁷⁷. Éste último establece que la acción protectora del sistema de Seguridad Social comprende la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo; la recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan anteriormente; las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, invalidez, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, jubilación, desempleo, muerte y supervivencia; prestaciones por hijo a cargo; y prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos, así como las destinadas a la asistencia a la tercera edad.

En relación a estos últimos contenidos, la *a priori* universalidad de reconocimiento, titularidad y ejercicio efectivo del derecho a la asistencia sanitaria de carácter general, se rompe para el supuesto de las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular. Estas personas, al encontrarse en esta situación administrativa, no pueden acceder al régimen general de la Seguridad Social –a excepción de que sufran un accidente o enfermedad profesional-, con lo que gran parte de sus contenidos se les veta. Hay una excepción posible para que sí puedan acceder a los mismos: la acreditación de la carencia de recursos económicos suficientes, atendiendo a lo establecido en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes. Este Real Decreto posibilita la cobertura de la asistencia sanitaria con idéntica extensión, régimen jurídico y contenidos del régimen general de la Seguridad Social para aquellas personas inmigrantes extranjeras en situación administrativa irregular cuyas rentas, de la naturaleza que sean, iguallen o no alcancen en cómputo anual al salario mínimo interprofesional.

De esta forma, la universal asistencia sanitaria no sólo ya se supedita al padrón, sino también a los recursos económicos de la persona. Una circunstancia que no queda explicitada en el artículo 12.1 y sí en el grupo normativo del que forma parte éste.

⁷⁷⁷ Paradigma, por tanto, de la interconexión existente dentro del grupo normativo, sin olvidar la relación que también presenta con el propio artículo 41 de la Constitución y el 10 y el 14 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., p. 232.

Implícitamente, y de un modo incongruente e ilógico, el extranjero inmigrante en situación administrativa irregular que se encuentre empadronado y que posea recursos económicos tiene acceso a la asistencia sanitaria sólo a las prestaciones enmarcadas en el Sistema Nacional de Salud y no a las dependientes del Sistema de Seguridad Social; mientras que el extranjero inmigrante en situación administrativa irregular que se encuentre empadronado y que carezca de recursos económicos tiene acceso a la totalidad de las prestaciones enmarcadas en el derecho a la asistencia sanitaria, dependan o no del Sistema Nacional de Salud y/o del Sistema de Seguridad Social. Se entiende, lógicamente, que el extranjero inmigrante empadronado en situación administrativa regular, posea o no recursos económicos, tiene acceso al conjunto de prestaciones que forman parte del derecho⁷⁷⁸.

Esta labor de subjetivación en la atribución del derecho social a la asistencia sanitaria continúa por parte del legislador en los siguientes apartados que componen el artículo 12. De esta forma, en el apartado segundo, directamente relacionado con la misma, se establece que *los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica*. Por tanto, se atribuye con carácter general y de un modo universal para toda persona extranjera, sin tener que acreditar situación administrativa alguna, el derecho a la asistencia sanitaria en el supuesto concreto de una urgencia por enfermedad grave o accidente -independientemente a que sea laboral o no- y siempre hasta que se recupere de la misma, siendo esencial en ello el documento del alta médica⁷⁷⁹. Los elementos clave en este supuesto lo constituye lo que se entienda por urgencia, por enfermedad grave y por alta médica. Respecto al primero, la urgencia, es básico el hecho de que el problema de salud planteado haya surgido de un modo repentino, imprevisible, súbito, en la persona causando daños a la propia salud y poniéndola en

⁷⁷⁸ El artículo 7.1 de la Ley General de Seguridad Social incluye en el Sistema de Seguridad Social a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, equiparándolos a los españoles.

⁷⁷⁹ El legislador, en esta dimensión del derecho, plenamente ha sido coherente con el marco internacional regulador de la materia, ya que el Convenio de Naciones Unidas sobre Protección de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias establece que *los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado que se trate*. Incluso, a nivel nacional ha ampliado el legislador el ámbito subjetivo, pues incluye a toda persona, independientemente a su condición de trabajadora o no.

riesgo, no siendo necesario que derive el mismo en peligro inminente para la vida de la persona extranjera⁷⁸⁰. Respecto a la segunda, la enfermedad grave, por oposición, se ha de considerar que todas aquellas patologías que sean consideradas como enfermedades no graves, se entiende que no se encuentran cubiertas por esta asistencia sanitaria⁷⁸¹. Respecto a la alta médica, se plantea la cuestión de si es cuando se le ha curado parcialmente de la dolencia en el centro médico, ambulatorio u hospitalario al que acuda y, por tanto, cuando sale del mismo o, si por el contrario, la alta médica se refiere a la recuperación total de la enfermedad grave que ha causado la atención sanitaria, pues esta puede pasar por distintas fases de tratamiento, unas primeras más ligadas a la situación de gravedad y otras posteriores no susceptibles de tal calificación que provocan que el alta de la persona en relación a la enfermedad grave se posponga en el tiempo. Una cuestión abierta sujeta a los casos concretos que acontezcan y que contribuye a la complejidad de este apartado del artículo 12 y la regulación establecida del propio derecho⁷⁸².

⁷⁸⁰ En el marco de esta interpretación abierta fijada jurídico-legalmente, es esencial la distinción aquí, de una parte, entre la asistencia sanitaria de urgencia derivada de enfermedad grave y, de otra parte, la urgencia vital establecida jurisprudencialmente para el reintegro de gastos. Ésta última se ha de entender, ilustrativamente, como *aquella situación en la que se prueba el riesgo inminente de perder la vida o que la integridad de la salud del paciente se deteriore con el retraso o la espera en su práctica* (SSTS de 14 de diciembre de 1988, de 1 de julio de 1991, de 7 de octubre de 1996); o *la existencia de un riesgo inminente de vida o la pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir* (STS de 6 de marzo de 1985). Sobre esta delimitación, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “La denegación de técnicas punta”, en *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, AA. VV., RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, M^a D. (dirs.), cit., pp. 335-338.

⁷⁸¹ MERCADER UGUINA, J. R., “La protección social de los trabajadores extranjeros” en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, AA. VV., Tomo II, cit. p. 1206. En este sentido, se apunta la posibilidad de que muchas personas extranjeras en situación administrativa irregular y no inscritas en el padrón, acudan a los servicios de urgencias para conseguir atención médica en situaciones no urgentes, ARBELÁEZ RUDAS, M. y GARCÍA VÁZQUEZ, S., “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en España”, en *Los derechos de los inmigrantes en España*, AA. VV., AJA, E. (coord.), cit., pp. 443-444.

⁷⁸² La Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, ha contribuido a clarificar un poco este precepto, pues en la versión anterior, este supuesto estaba redactado de forma ambigua, al fijar este derecho de un modo universal *ante* la contracción de enfermedades graves o accidentes. Se abría la posibilidad de que estas enfermedades graves o accidentes los sufriese la persona extranjera antes de su llegada a España, estando igualmente en derecho a su asistencia sanitaria para la cobertura y el tratamiento debido una vez hubiese llegado a España. Esta posibilidad se ha desvanecido al incluir el vigente texto la asistencia sanitaria *por* enfermedad grave o accidente. Al sobreentenderse que esta última se produce en territorio nacional, desaparece la posible ambigüedad anterior. En este sentido, ARBELÁEZ RUDAS, M., “La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del artículo 12 LODYLE”, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería*, AA.

En relación a la enfermedad grave, reglamentariamente, en el artículo 126.2 del Real Decreto 557/2011, se deja abierta la posibilidad de que la persona extranjera obtenga una autorización de residencia temporal por razones humanitarias. Para ello, el extranjero tiene que acreditar que padece una enfermedad sobrevenida de dicho carácter que requiere asistencia sanitaria especializada a la que no puede acceder en su país de origen y que, en el supuesto de que ésta sea interrumpida o no la reciba, tal circunstancia constituya un grave riesgo para su salud o su vida. Con esta posibilidad, se protege administrativa y socialmente al extranjero que, por cumplimiento del permiso de residencia, estaría abocado a abandonar el territorio nacional en cumplimiento de la estricta legalidad, o a quedar en situación de irregularidad administrativa. Impera, por tanto, el sentido social y humanitario sobre la propia y estricta dimensión controladora de extranjería.

En el contexto de estos supuestos más o menos relacionados, también es de resaltar el hecho de que en el caso de que la persona extranjera esté incurso en un procedimiento de expulsión y ante los casos de prórroga del plazo de cumplimiento voluntario, de aplazamiento o de suspensión de la ejecución de la expulsión, según el artículo 64.2 b) de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se ha de garantizar a la persona extranjera afectada la debida atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades. En este sentido, también se establece, en el artículo 62 *bis*. 1 d) de la citada Ley, el derecho del extranjero incluido en los Centros de Internamiento a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada, velando así por su vida, integridad física y salud. Además, éste tiene el deber de someterse a reconocimiento médico a la entrada y salida del centro –*ex* artículo 62 *ter* c) de la misma Ley-. La persona extranjera, por tanto, ha de salir de España con la salud en correcto estado o, por lo menos, con el tratamiento de la misma adecuado.

Por su parte, el apartado tercero de este artículo 12 focaliza su atención en los menores extranjeros. Respecto a ellos, establece que *los que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*. Fija así, sobre un principio de igualdad de trato con los nacionales, la universalidad

absoluta de la asistencia sanitaria, tenga el carácter que tenga –de urgencia o no, por un accidente o no-, para los miembros de este colectivo particular de extranjeros, más allá e independientemente de su situación administrativa de regularidad o irregularidad y de su inscripción o no en el padrón municipal⁷⁸³.

En el contexto de esta subjetivación del derecho a la asistencia sanitaria del artículo 12, el último apartado del mismo, el cuarto, es dedicado a la regulación de este derecho para el colectivo de mujeres extranjeras embarazadas. Se establece, al respecto, que éstas, cuando *se encuentren en España, tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto*. El legislador, de un modo universal general e inclusivo, a la vez que sin mencionar principio de igualdad atributivo alguno en relación a los nacionales españoles –como sí realiza en otros apartados de este artículo-, otorga sectorializadamente el derecho a la asistencia sanitaria para todas las mujeres extranjeras embarazadas. Lo realiza independientemente a los contenidos y prestaciones que suponga la asistencia sanitaria durante su estado de gestación -nueve meses, aproximadamente-, parto y puerperio –seis semanas o 40 días⁷⁸⁴, aproximadamente-. Se entiende que este derecho incluye todos los contenidos posibles y adecuados en forma de prestación para tratar satisfactoriamente los problemas de salud que surjan y padezca la mujer durante los períodos mencionados, relacionados o no con su estado⁷⁸⁵. Además,

⁷⁸³ De nuevo, este apartado del artículo presenta una clara influencia de la regulación internacional, pues en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre, de 1989, en su artículo 24.1, reconoce *el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud*, recalcando significativamente la atención primaria –art. 24.2 b)-. El legislador ha mejorado incluso esta protección, al extenderla e incluir todo tipo de atención sanitaria y no sólo la primaria. Es más, la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, protege más a estos menores extranjeros que la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, al establecer ésta que *tienen derecho a la asistencia sanitaria (...) los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela de la Administración*. En este sentido, PÉREZ REY, J., “Los menores extranjeros”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coord.), cit. p. 467

⁷⁸⁴ Tal y como se establece en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores. Un período durante el cual, si la mujer extranjera tiene la condición adicional de trabajadora, tendrá suspendido el contrato de trabajo. *Vid.*, al respecto, MÁRQUEZ PRIETO, A., “Artículo 48. Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), cit., pp. 649-652.

⁷⁸⁵ En clara concordancia con lo establecido a nivel internacional para toda mujer, más allá de su condición y nacionalidad, especialmente por la Organización Internacional del Trabajo. Muestra de ello es el caso del Convenio N° 3, de 28 de noviembre de 1919, sobre la Protección de la Maternidad, en cuyo artículo 3 c) establece que *la mujer tendrá derecho a la asistencia gratuita de un médico o una*

todo ello al margen de la situación administrativa de regularidad o irregularidad en la que se halle y de su inscripción o no en el padrón municipal.

Este es el marco jurídico-legal de carácter genérico establecido para la regulación del derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras, con su concreta y particular subjetivación. Sin embargo, no se ha de obviar el hecho de que con fundamento en el artículo 148.1.21º de la Constitución, las distintas Comunidades Autónomas han asumido significativas competencias en la materia –sanidad-, previendo medidas de desarrollo legislativo sobre la base de un amplio margen de ejecución sobre las bases fijadas estatalmente. En este sentido, atendiendo al grado de desarrollo de la descentralización autonómica existente en función del nuevo marco político-jurídico desarrollado por los reformados Estatutos de Autonomía, se ha originado una diferenciación -en cierta medida relevante- respecto al contenido de las prestaciones que incluye el derecho a la asistencia sanitaria, principalmente y sobre todo en las adicionales a las de urgencia. Sin olvidar, también, la posibilidad abierta y establecida de que los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular sin estar inscritos en el padrón municipal, accedan a servicios básicos de salud o consulta externa propios del Sistema Nacional de Salud, como es el supuesto de las tarjetas de reconocimiento de asistencia temporal en Andalucía o la tarjeta sanitaria temporal en Canarias. En muchos casos, el fundamento y desarrollo de éstas últimas se ha amparado en los propios Planes de Inmigración aprobados periódicamente por las diferentes Comunidades Autónomas, al incluir partes de los mismos de carácter específico dedicados a la sanidad y/o salud de la población inmigrante extranjera. Ahora bien, esta diferenciación se ha de entender limitada, pues para una mayor coherencia de todo el sistema protector, el artículo 149.1.16 de la Constitución atribuye al Estado la competencia en materia de coordinación general de la sanidad, correspondiendo, por tanto, al Estado el establecimiento de las líneas generales al respecto, los requisitos y las condiciones mínimas.

comadrona; del Convenio 103, de 28 de junio de 1952, sobre Protección de la Maternidad, en cuyo artículo 4.3 fija que las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello fuere necesario; y del Convenio 102, de 28 de junio de 1952, sobre la Seguridad Social (norma mínima), en cuyo artículo 10.1 b) reconoce que las prestaciones deberán comprender, por lo menos, (...) en caso de embarazo, parto y sus consecuencias: la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y la hospitalización, cuando fuese necesaria.

Esta circunstancia no justifica la existencia de posibles diferencias de trato en el desarrollo prestacional de un derecho social de la persona de carácter fundamental atendiendo al lugar de domicilio habitual de ésta, como es la asistencia sanitaria. Más aún cuando este derecho es atribuido jurídico-legalmente sobre criterios de residencia, evitando su sujeción a autorizaciones y permisos de carácter administrativo. Es necesario que el modelo de Estado social Autonómico vigente, evolucione y se desarrolle a una única velocidad, alcanzando un grado de desarrollo homogéneo en todo el territorio nacional, sobre todo específica y concretamente en aquellos aspectos directamente relacionados con los contenidos y efectividad de los derechos sociales.

4.- EL DERECHO A TRABAJAR Y EL DERECHO AL TRABAJO: ENTRE LA LIBERTAD Y LA PRESTACIÓN

El derecho al trabajo se reconoce en la Constitución española en el artículo 35.1 como un derecho y deber del ciudadano –sección II-, dentro del capítulo dedicado a los derechos y libertades –capítulo II- y del título I, sobre los derechos y deberes fundamentales⁷⁸⁶. Formalmente, no está configurado como un derecho fundamental *stricto sensu* ni está rodeado de las garantías propias de éstos. Ahora bien, materialmente sí tiene esta adjetivación, por la funcionalidad que le es propia. Ello no obsta a que se configure –tanto histórica como actualmente- como un derecho social clave en el marco del Estado social a día de hoy: su constitucionalización es la materialización normativa del modelo de constitucionalismo social. Se considera, en este sentido, el paradigma de los derechos de ciudadanía social⁷⁸⁷: la integración política

⁷⁸⁶ Artículo 35.1. *Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.* Sobre el mismo, *vid.*, al respecto, CORTE HEREDERO, N., “Derecho al trabajo”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), cit., pp. 477-479.

⁷⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA

y económica del trabajo expresada en su constitucionalización, implica la corrección de la lógica mercantilista, sustrayendo la tutela del trabajo a la lógica contractual⁷⁸⁸.

Atendiendo a la estructura del derecho reconocido jurídico-constitucionalmente, el constituyente lo dotó de complejidad⁷⁸⁹. Lo configuró, de una parte, como derecho social de libertad –libertad para trabajar-, implicando la facultad de disponer libremente de la capacidad personal de trabajo e incidiendo también expresamente en el mismo como deber de la persona, destacando así la centralidad de la actividad laboral en el propio proyecto vital de la misma⁷⁹⁰; y de otra, reconoció estrictamente su dimensión social o prestacional –derecho a un trabajo-, conllevando que el poder público tanto impida que se obstaculice la libertad de trabajar, como también la promoción de las condiciones que hagan efectivo el derecho⁷⁹¹. Así lo ha entendido y refrendado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/1981, en su fundamento jurídico octavo, al establecer claramente que *el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo*. En aras de dar cumplimiento efectivo a estas dos dimensiones, a la vez que dotar de contenido al mismo para su concreción, se estableció también constitucional y específicamente junto a él un conjunto de derechos de carácter profesional: el derecho a la libre elección de profesión u oficio, el derecho a la promoción a través del trabajo, el derecho a una remuneración suficiente y el derecho a la no discriminación. Así, no sólo se reconoce en la Constitución un derecho al trabajo, sino también un estatuto jurídico-laboral de derechos para la persona en su condición de trabajadora, reflejado a su vez en el Estatuto de los Trabajadores en el artículo cuarto.

NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit. p. 287. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J. L., *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, cit., pp. 9-27.

⁷⁸⁸ En este sentido, MATEOS Y DE CABO, O., “Derecho constitucional del trabajo”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), cit., p. 481.

⁷⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit. p. 298.

⁷⁹⁰ En conexión, se ha manifestado que el valor o bien jurídico protegido por el derecho al trabajo es la *vita activa*, concibiéndola como el despliegue de las energías individuales a fin de producir bienes y servicios de toda índole, tanto para ganarse un sustento como para desarrollar la propia personalidad, DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., p. 511.

⁷⁹¹ Sobre ambas dimensiones o facetas, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., pp. 87-88.

Ahora bien, la comunicabilidad e interdependencia entre todos los derechos, así como de los valores inspiradores de los mismos, pese a que se presuma y manifieste claramente en el reconocimiento de este derecho, no lo es tal en el contexto político y socioeconómico vigente. En una situación extrema y grave de crisis de empleo, la estricta decisión atinente a la libertad de o para trabajar de una persona pierde relevancia en *pro* de la puesta a disposición para la ocupación que se le ofrezca a ésta en la circunstancia y condiciones que sean. Claramente, los perfiles y las implicaciones socioprotectoras del derecho al trabajo y los derechos que dan contenido al mismo, se ven erosionados. Se manifiesta así la tensión dialéctica entre los caracteres de libertad y social de este derecho⁷⁹².

Ante estas circunstancias, el que se configure el derecho al trabajo como un derecho subjetivo a acceder a un puesto de trabajo -es decir, la exigencia jurídica al poder público de proporcionar un puesto de trabajo-, está alejado de la realidad, relativizando, en consecuencia, su sentido, alcance e implicaciones más directas e inmediatas⁷⁹³. Más aún cuando este derecho no ha sido reconocido formalmente de una manera universal para todas las personas, sino que así lo fue pero sólo para los españoles. Su reconocimiento presupone la nacionalidad española, manifestándose explícitamente el sentido excluyente que presenta el mismo para, precisa y paradigmáticamente, las personas extranjeras.

Este reconocimiento jurídico-constitucional no se halla en consonancia con la regulación que presenta este derecho a nivel internacional, pues se realiza de forma universal. Significativo e ilustrativo, al respecto, es que en el artículo 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, se afirme que *toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo*. Por su parte, en el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, se establece que los Estados parte *reconocen el derecho a trabajar, que*

⁷⁹² MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit. p. 289.

⁷⁹³ Se apunta en este sentido que el derecho al trabajo así entendido es más un objetivo al que debe de dirigirse la acción de los poderes públicos, que un derecho subjetivo frente al Estado, VIDAL FUEYO, M^a C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 273.

comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. O la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo artículo 15 se fija que *toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.*

Ahora bien, esta exclusión jurídico-constitucional inicial en el reconocimiento del derecho no es total ni definitiva⁷⁹⁴, pues claramente la doctrina del Tribunal Constitucional, principalmente a través de la Sentencia 11/1993, estableció la posibilidad de intervención por parte de los poderes públicos para la protección de los intereses generales en el ejercicio de concretas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa. En aplicación de esta doctrina para las personas extranjeras, se ha de entender que la intervención del poder público otorgando o no la autorización administrativa de trabajo a las mismas atendiendo a la situación nacional de empleo, responde claramente a la protección del mercado de trabajo nacional. Ello se desprende de la concepción económico-laboral de la inmigración en relación a uno de los objetivos manifiestos perseguidos por la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social: la intervención estatal activa en el control de la entrada de personas extranjeras inmigrantes atendiendo a las necesidades y capacidad de acogida del mercado laboral español. La consecuencia inmediata es que el derecho al trabajo de las personas extranjeras es considerado como un derecho de configuración legal (STC 107/1984), quedando regulado específicamente en la vigente Ley Orgánica 4/2000.

En clara conexión con este último objetivo advertido, también se encuentra el hecho de que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 22/1981, advierte de que se ha de tener presente la doble implicación directa del derecho al trabajo constitucionalmente reconocido: individual y colectiva. La primera, *ex* artículo 35.1, es el igual derecho de todos a un puesto de trabajo, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios de

⁷⁹⁴ Para superar esta circunstancia, expresamente se alude a la necesidad de llevar a cabo una interpretación sistemática de todo el texto constitucional, pues el artículo 35 de la Constitución no es el único que se refiere a este derecho, VIDAL FUEYO, M^a C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 275.

capacitación, junto –y derivadamente- al derecho a una estabilidad en el empleo⁷⁹⁵. La segunda, *ex* artículo 40.1 de la Constitución, el mandato para los poderes públicos de una política de pleno empleo⁷⁹⁶. Ésta última entronca directamente con las políticas activas de empleo y, precisamente también, con una de las motivaciones centrales de la Ley 56/2003, de Empleo. En su exposición de motivos, se alude de un modo concreto al objetivo de incrementar la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo y la mejora de las oportunidades de incorporación al mismo en aras de la consecución del pleno empleo. Pero, claro está, para que se consiga éste último, es necesario una igualdad real y efectiva para todas las personas en las oportunidades de acceso a un empleo y, por tanto, al mercado de trabajo. Es decir, ha de hacerse efectivo el derecho al trabajo tanto en su dimensión social como de libertad.

Desde esta perspectiva y atendiendo a esta lógica, se han de poner en marcha programas y medidas político-jurídicas destinadas -primordial y esencialmente- a un conjunto de colectivos prioritarios que pueden presentar dificultades para su empleabilidad por condiciones adicionales intrínsecas a su persona, como son significativamente las personas extranjeras. El primer artículo de la Ley 56/2003 alude expresamente a estos programas de un modo general y, por tanto, no particularizando expresa y formalmente para colectivos concretos. Material e implícitamente, la atención a los mismos se debe entender comprendida -bien específicamente o bien transversalmente- en los distintos programas y medidas, pues precisamente y como parte de la definición técnica, jurídica y legal de la política de empleo, el Estado y las Comunidades Autónomas las deben de adoptar para la consecución del pleno empleo y, consecuentemente, la reducción de las situaciones de desempleo⁷⁹⁷. Pero si éste no

⁷⁹⁵ Monográficamente, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, *passim*.

⁷⁹⁶ En relación a ella, sus fundamentos científico-sociales, la influencia de las teorías sobre la misma y sus límites, DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y estudio preliminar sobre la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social por VIDA SORIA, J., cit., pp. 646-687.

⁷⁹⁷ *Vid.*, al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Introducción general: configuración técnica de la política de empleo y del derecho de empleo en el modelo de Estado social. Ámbito general, comunitario y autonómico”, en *El Derecho del Empleo. El Estatuto jurídico del empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., pp. 26-31. Igualmente, MOLINA NAVARRETE, C., “Los nuevos estatutos de autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social”, cit., pp.

acontece, también es objetivo de esta política de empleo, pero en su vertiente de pasiva, la debida protección ante la misma. Se manifiesta así la relación más directa entre política de empleo y los principios rectores de la política social y económica constitucionalmente establecidos coincidentes con tales aspectos, recogidos tanto en el artículo 40.1 *in fine* –realización de una política orientada al pleno empleo- como en el 41 –protección social, especialmente en caso de desempleo-.

Ahora bien, como contrapunto, esta atención específica a colectivos concretos para la consecución de su empleo no concretando si de calidad o no –si bien en la propia definición jurídico-legal general sí se alude expresamente a la misma- encaja más en la propia filosofía del modelo de *workfare state* que en el de *welfare state*. Es decir, en la finalidad político-jurídica de la consecución del pleno empleo y la protección frente al desempleo, tiene más relevancia e importancia para la cobertura de necesidades básicas y la procura existencial la protección que reciba la persona derivada directamente sólo del trabajo realizado, frente al Estado de bienestar y su protección universal e igualitaria⁷⁹⁸. El encaje de personas desempleadas en colectivos prioritarios –paradigmáticamente jóvenes con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social e inmigrantes, *ex* artículo 19 *octies* de la Ley 56/2003 de Empleo⁷⁹⁹ - sobre los que mantener el control para su posterior empleo y dedicación de

80 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L., “La distribución de competencias en el Estado social autonómico en materia de política de empleo e inmigración”, cit., pp. 23-32. Atendiendo a la evolución histórica, doctrinal y jurisprudencial en materia de empleo, GARCÍA ARCE, M^a C., *La dimensión territorial de la política de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 193-212.

⁷⁹⁸ Apuntando esta tendencia político-jurídica, MOLINA HERMOSILLA, O., *La dimensión jurídica de la política de empleo. El derecho del empleo como nueva categoría sistemática*, cit., pp. 187-188. Sobre la contraposición entre ambos modelos, MOLINA NAVARRETE, C., “La metamorfosis de la cuestión social: ¿del Welfare State al Workfare State? Dos concepciones de la idea de contrapartida en las prestaciones sociales”, en *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Volumen I., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pp. 55 y ss.

⁷⁹⁹ *Vid.*, al respecto, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Artículo 26. Colectivos prioritarios”, en *El Derecho del Empleo. El Estatuto jurídico del empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., pp. 634 y ss.

medidas específicas, es más propio de un Estado social activo que de un Estado social pasivo de tradición eminentemente keynesiana⁸⁰⁰.

Pese a ello, no se ha de obviar y sí apuntar el marco jurídico-político en el que quedan encuadradas estas políticas activas dedicadas a colectivos específicos, como es el Estado social de Derecho. Sus implicaciones, sentido y alcance más inmediato en atención prioritaria para el empleo de colectivos desfavorecidos, refuerzan el carácter de su aparición como un modelo estatal orientado a la realización de la justicia social y protección de los más débiles en aras de una igualdad formal y material, en la que los derechos sociales fundamentales adquieren relevancia para ello. Muestra y paradigma es el caso del derecho al trabajo constitucionalmente establecido y, por extensión y propia lógica, del derecho al empleo, con fundamento en la relación entre la dimensión individual del primero en el artículo 35 de la Constitución y su dimensión colectiva a modo de principio rector de la política social de realización del mismo –pleno empleo-, *ex* artículo 40.1 de aquélla⁸⁰¹.

Por lo tanto, al margen de su calificación como principio rector de la política social en su dimensión colectiva, este derecho adquiere una condición de social muy relevante y fundamental, hasta el punto de poder ser considerado como parte del modelo del Derecho Social y, por ende, ser un derecho social del empleo y un derecho social al empleo⁸⁰². Más concreta y paradigmáticamente, atendiendo a colectivos desfavorecidos se manifiestan rasgos propios del modelo: la puesta en marcha de acciones diferenciadas para igualar materialmente mediante políticas activas concretas dirigidas a los colectivos prioritarios recogidos legalmente; la focalización de su atención en grupos al

⁸⁰⁰ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L., MONEREO PÉREZ, M. y OCHANDO CLARAMUNT, C., “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, cit., p. 71 y ss.

⁸⁰¹ Un sector de la doctrina considera que en la lógica de los artículos 35.1 y 40.1 de la Constitución se consagra la centralidad del trabajo en sus diversas formas: el trabajo como posible realización de la persona y como contribución social y el trabajo productivo como relación contractual de intercambio patrimonial, MONEREO PÉREZ, J. L., “Artículo 1. Definición”, en *El Derecho del Empleo. El Estatuto jurídico del empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., p. 638.

⁸⁰² *Vid.*, al respecto, MOLINA NAVARRETE, C., “Derecho (social) del empleo”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dir. y coord.), cit., p. 507-510. Monográficamente, MOLINA HERMOSILLA, O., *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, cit. *passim*.

proponer la creación de estatutos para diferentes colectivos; y la tendencia a una igualdad de oportunidades real entre grupos de personas en su condición –efectiva o potencial- de trabajadores⁸⁰³.

4.1.-EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN LA VIGENTE LEY ORGÁNICA 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

La regulación constitucional formal del derecho al trabajo como un derecho y deber del ciudadano y no como un derecho fundamental *stricto sensu*, hace que su inicial exclusión para las personas extranjeras -y, por tanto, reconocimiento a los nacionales españoles- no se pueda considerar inadecuada e incorrecta técnicamente en relación a su interpretación conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. El artículo 10.2 de la Norma Fundamental claramente expresa este último canon hermenéutico interpretativo sólo estrictamente en relación a los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce. Sin embargo, en virtud del artículo 13.1, ello no debería de haber impedido, en su momento, que la regulación de este derecho hubiese tenido en cuenta la universalidad en el goce del derecho establecida internacionalmente ya apuntada⁸⁰⁴, pues claramente alude el mismo a *los tratados y la ley* para la atribución de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución, como es el caso.

Ahora bien, teniendo presente la articulación constitucional del derecho al trabajo, su sentido y su alcance, éste, para las personas extranjeras, ha sido considerado un derecho de configuración legal. Se ha conformado, como elemento clave, la voluntad

⁸⁰³ Más allá de su concreción, estos caracteres propios junto a otros principios propios tales como el principio de igualdad, el principio de protección del empleo, etc., hacen que el Derecho del Empleo se constituya en una rama horizontal o transversal del Derecho Social, MOLINA NAVARRETE, C., “Derecho (social) del Empleo”, en *Enciclopedia laboral básica Alfredo Montoya Melgar*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R., (dir. y coord.), cit., pp. 508-509.

⁸⁰⁴ Desde una perspectiva jurídico-crítica, PICÓ LORENZO, C., “El derecho al trabajo y a la residencia de los extranjeros no comunitarios. La escasa protección de los pactos y convenios internacionales de derechos humanos”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990, *passim*.

política, para dotarlo de una mayor o menor extensión en su titularidad y ejercicio para con estas personas, siendo esencial también el límite jurídico-constitucional del artículo 13.1⁸⁰⁵. Desde la técnica jurídica, esto implica que aún siendo reconocido el derecho a estas personas, es la ley la que ha de fijar sus contenidos y limitaciones en relación al ejercicio efectivo del mismo, tal y como también se establece jurisprudencialmente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984. Pero, en base a idéntico precepto constitucional, los derechos adquiridos por los extranjeros con fundamento en el mismo, aunque no se consideren formalmente fundamentales, sí disfrutaban de la eficacia y de las garantías constitucionales propias de los derechos fundamentales⁸⁰⁶. Se ha de tolerar así, como es el caso, un tratamiento desigual entre nacionales y comunitarios, de una parte, y, de otra, extranjeros. En esta ocasión, en función de lo que disponga la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. En ésta, al margen del reconocimiento del derecho al trabajo -en su artículo 10.1- y previamente al mismo, se ha de considerar lo establecido en su artículo 36.1, de un modo general y sin particularizar en la modalidad de trabajo, ya que *los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar*. Por tanto, con carácter general, la persona extranjera, debe estar en posesión de la autorización administrativa de trabajo⁸⁰⁷. Sólo a partir de esta y enlazada a ella, se le otorgará el permiso de residencia. El Tribunal Constitucional también lo ha entendido así, pues en su Sentencia 236/2007 comprende que el legislador se atenga a la regularidad administrativa de los extranjeros, solicitándoles para ello *la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales –paradigmáticamente, el derecho al trabajo- que por su*

⁸⁰⁵ Insistiendo en el mismo, RAMOS QUINTANA, M^a I., “El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social”, en *Los derechos de los inmigrantes en España*, AA. VV., AJA, E. (coord.), cit., pp. 354-355

⁸⁰⁶ VIDAL FUEYO, M^a C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 301-302.

⁸⁰⁷ Resaltando que el artículo 36.1 somete el ejercicio efectivo del derecho al trabajo a la obtención previa de la autorización de trabajo, a la vez que enlaza ésta al permiso de residencia, MORENO VIDA, M^a N., “Artículo 36. Autorización para la realización de actividades lucrativas”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., p. 567.

propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español.

Se ha de partir de la premisa de que el derecho al trabajo no ha estado siempre presente en la contemporánea regulación jurídico-legal española de la extranjería e inmigración. Quizás, en los primeros momentos en los que la presencia de nacionales de terceros Estados era ya notable, sí se planteó alguna duda respecto a si este derecho correspondía o no a las personas extranjeras ante la ausencia de su referencia en la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Predominaba, en este caso, una interpretación restrictiva en clara coordinación con el sentido literal estricto del artículo 35 de la Constitución y la atribución exclusiva por éste del derecho al trabajo a los españoles. Este planteamiento político-jurídico pronto fue superado, hasta el extremo de que su sentido y alcance casi ni se planteó de una forma seria para que tuviese repercusiones directas. La consideración, por parte de la doctrina del Tribunal Constitucional, del derecho al trabajo como derecho de configuración legal, fue clave y esencial al respecto. En este sentido, pocos años después, tratando de establecer específicamente este derecho para las personas extranjeras –superando así posibles interpretaciones sistemáticas contradictorias–, en el Reglamento de desarrollo del año 1996 -Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero-, que vino a reformar y a adecuar a la realidad económica, política y social del momento la Ley Orgánica 7/1985, ya se reconoció a los extranjeros de forma implícita y no como tal, supeditándolo a la autorización administrativa para trabajar: *los extranjeros podrán acceder al ejercicio de profesiones tituladas en el territorio español e incorporarse a los Colegios Profesionales correspondientes previo cumplimiento de los trámites establecidos normativamente para cada profesión*. En consecuencia, el derecho al trabajo se derivaba y o confundía con el derecho a ejercer una profesión. Desde entonces, partiendo de la posterior concreción expresa jurídico-legal del derecho al trabajo, el modelo, configuración y caracteres, en esencia, no han cambiado respecto a las exigencias administrativas. La excepción la constituye algunas mejoras técnicas concretas y de expresión propias de la evolución desde la primitiva Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y las sucesivas reformas que ha experimentado la misma hasta la vigente y última de finales de año de 2009.

En esta Ley Orgánica 4/2000, desde un primer momento y hasta la última reforma que ha experimentado, el derecho al trabajo de las personas extranjeras ha venido reconocido de forma expresa en el texto legal en el artículo 10, titulado *derecho al trabajo y a la Seguridad Social*. Ahora bien, esta mención única y exclusivamente ha quedado aquí, en el título, pues en su interior, en su desarrollo, en el apartado primero, no se hacía mención expresa al mismo. Se establecía que *los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente*. Este artículo del texto legal no es igual al artículo 35 de la Constitución, ya que no establece específicamente un derecho al trabajo para las personas extranjeras. Si en éste último se reconoce el derecho al trabajo a todo español sin ningún tipo de límite ni restricción, en el texto jurídico-legal de referencia para la configuración del mismo para las personas extranjeras, sólo tiene efectividad el derecho al trabajo si se cumple con el requisito de la autorización de trabajo y el permiso de residencia. De esta manera, no se reconoce un derecho al trabajo, sino un derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, que es el efecto de la propia autorización para trabajar⁸⁰⁸. Además, complementariamente es necesario añadir una matización más de gran importancia: la determinante autorización para trabajar no permite directamente el propio derecho al trabajo, sino que hay que superar otro requisito previo –nada desdeñable– a su concesión, como es la observación de la situación nacional de empleo. Requisito que supone –y, por tanto, refleja– claramente la preferencia del trabajador nacional, del comunitario y del extranjero residente en situación administrativa regular –por este orden– respecto a la persona extranjera que pretende acceder a España para desarrollar una actividad laboral. Así, en virtud de la situación nacional de empleo, para que el trabajador pueda optar y tener acceso a un determinado puesto de trabajo, no ha de existir trabajador alguno nacional, comunitario o extranjero residente en situación administrativa regular que pueda desempeñar esa misma actividad laboral⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ GARCÍA MURCIA, J., “Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería”, cit., pp. 26 y ss.

⁸⁰⁹ Jurídico-legalmente, en el artículo 40.1 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se han recogido una serie de supuestos de carácter excepcional para los que no se ha de observar la situación nacional de empleo en el momento de acceso al mismo, que son: a) *los familiares reagrupados en edad laboral, o el cónyuge o hijo de*

Adicionalmente, este apartado primero del artículo 10 liga y entrelaza el implícito derecho al trabajo con el derecho a la seguridad social –posteriormente analizado-, si bien éste en su aspecto contributivo para los trabajadores que realicen actividad laboral, de acuerdo a lo que venga establecido en el mismo.

El sentido, alcance e implicaciones de este derecho al trabajo de los extranjeros no se ha visto modificado tras la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009. Sí se ha visto corregida la forma, pues se ha introducido el término extranjeros residentes⁸¹⁰ –es decir, aquellos con residencia legal, según concreta la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009- y se ha cambiado el tiempo verbal por el que se otorgaba este derecho, ya que se ha pasado en la forma de otorgarlo del tiempo futuro al tiempo presente. De esta forma, en el artículo 10.1 de la misma, se establece que *los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer*

extranjero residente en España con una autorización renovada (...); b) los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación; c) los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos; d) los que hubieran gozado de la condición de refugiados, durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 (...); e) los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas al año siguiente de la terminación de dicho estatuto; f) los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; g) los extranjeros nacidos y residentes en España; h) los hijos o nietos de español de origen; i) los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente (...); j) los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por motivos excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos; k) los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante dos años naturales, y hayan retornado a su país; l) los extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario. En relación a ellos, un sector de la doctrina agrupa metodológicamente los supuestos enumerados en dos grupos: subjetivos y objetivos, sobre la base de su atención a circunstancias referidas al propio extranjero o si se articulan en torno a las condiciones objetivas del puesto de trabajo susceptible de ser ocupado por la persona extranjera, FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., SERRANO VILLAMANTA, J. y CARDENAL CARRO, M., “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), cit., pp. 437-441. También se han considerado a estas excepciones como una *apertura encubierta* del mercado de trabajo nacional, BALLESTER PASTOR, M^a A., *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, cit. pp. 109 y ss.

⁸¹⁰ Se considera –junto a otras motivaciones político-jurídicas más alejadas de las intenciones del legislador- que la introducción por la Ley Orgánica 2/2009 del término residentes en la regulación de este derecho, es hacer expresa –en versiones jurídico-legales anteriores se entendía implícita- la exigencia de la residencia regular por parte del extranjero inmigrante para poder trabajar en España, BARCELÓN COBEDO, S., “Derechos sociolaborales de los extranjeros: el nuevo contenido de los artículos 10 y 14.1”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., pp. 75-77.

una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de seguridad social de conformidad con la legislación vigente.

Del propio artículo se desprende que: *los requisitos previstos en esta Ley Orgánica*, corresponde a lo establecido en los artículos integrantes del Capítulo III de la misma, “De las autorizaciones para la realización de actividades lucrativas”, junto a otros artículos en los que se citan las mismas a lo largo del texto jurídico-legal; *las disposiciones que la desarrollen*, se refiere al reglamento de desarrollo, al Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social; y *el acceso al sistema de Seguridad Social*: se entiende que al nivel contributivo, pues en el artículo 14 de la propia Ley se regula de un modo completo el derecho a la Seguridad Social. Estos son los aspectos esenciales de la configuración jurídico-legal del derecho al trabajo de las personas extranjeras en España en el artículo décimo de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Asimismo, desde esta regulación jurídico-legal, también se ha de tener presente que en la propia constitución de la relación de trabajo no sólo ha de contar autorización de trabajo, sino también la propia capacidad de obrar de dicho trabajador extranjero inmigrante. Ésta última no se mide por la nacionalidad según el artículo 9.1 del Código Civil, sino por la previsión expresa del artículo 7 c), del Estatuto de los Trabajadores. A su vez, éste conduce a la legislación específica, a la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en la que esta capacidad de obrar no queda regulada. Ante esta laguna jurídico-legal, es central, derivada de una interpretación sistemática y de conjunto, la supeditación del derecho al trabajo a la autorización para trabajar⁸¹¹.

Tomando esta regulación general respecto al derecho al trabajo de los extranjeros en España, consecuentemente se deducen dos momentos que diferenciar de forma nítida. Por un lado, está el acceso al empleo para la vez primera, en el que no existe una igualdad plena del extranjero en relación a los nacionales y comunitarios. El

⁸¹¹ MENDOZA NAVAS, N., “Evolución de los derechos sociales en las leyes de extranjería”, en *Estudios sobre extranjería*, AA. VV., SERRANO GARCÍA, J. Mª y MENDOZA NAVAS, N. (coords.), Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 77-80.

extranjero inmigrante se halla condicionado al cumplimiento de los requisitos administrativos ya advertidos en forma de autorizaciones; mientras que si el mismo ya está en posesión de las pertinentes autorizaciones, cuando se pretenda su renovación, se accede al mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los españoles. Y, por otro lado, está el propio desarrollo de las relaciones laborales, de la actividad laboral, en el que la plena igualdad reconocida formalmente ha de plasmarse en la realidad, en su dimensión material. Ambos momentos, se encuentran regulados por una política jurídica, con unas marcadas tendencias –controladora e igualadora, respectivamente– que presentan una influencia directa sobre la configuración del estatuto de derechos de la persona.

4.1.1.-Política jurídica de acceso al empleo de la persona extranjera inmigrante

Con carácter general, existen tres regímenes de acceso al empleo y al mercado de trabajo para las personas inmigrantes extranjeras⁸¹². De una parte, el régimen general: supone una preferencia del trabajador nacional, del comunitario y del extranjero residente legal, sobre la persona extranjera inmigrante que pretende llegar a España para trabajar, mediante una intervención administrativa, cristalizada en la autorización administrativa prevista legal y reglamentariamente al efecto. De otra parte, se encuentra el régimen especial comunitario, aplicado a los nacionales de los Estados miembro de la Unión Europea –y asimilados–, en el que se prohíbe toda discriminación en virtud del principio de igualdad de trato y libertad de circulación. Y por último, destaca el régimen de los comunitarios B, que se aplica a nacionales de terceros Estados a los que, pese a serles de aplicación el régimen general, se benefician del principio de igualdad de trato propio del Derecho de la Unión Europea. Esta última excepción la conforman trabajadores –en su mayoría tienen la condición de deportistas⁸¹³– cuyos

⁸¹² Claramente diferenciados por un sector de la doctrina, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 197-198.

⁸¹³ Sobre esta particularidad, *vid.*, GARCÍA CABA, M. M^a, “Extranjería y deporte profesional”, en *Los deportistas profesionales: estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, AA. VV.,

países de origen tienen un tratado de asociación o cooperación con la Unión Europea, en el que se establece el principio de no discriminación en las condiciones de trabajo para sus nacionales que hayan sido legalmente contratados en un Estado miembro⁸¹⁴. En este epígrafe, de interés es la política jurídica caracterizadora del régimen general.

Para el acceso al empleo en el marco de este régimen general, la premisa desde la que se ha de partir es que las personas inmigrantes extranjeras que escogen España como destino, se encuadran en lo que se conoce como inmigración económico-laboral. El trabajo adquiere, por tanto, un rol esencial y trascendental, como medio para una vida más digna y como fin para su integración social⁸¹⁵. Sin embargo, el acceso al empleo y al mercado de trabajo nacional de estas personas no es en igualdad de condiciones con los nacionales, sino que se encuentra condicionado a un régimen administrativista en el que tanto el permiso de residencia como la autorización de trabajo son nucleares.

La autorización de trabajo se transforma, en consonancia, en un medio de control y de protección del mercado de trabajo nacional. Muestra de ello es que no le será de aplicación este régimen administrativista establecido legalmente –*ex* artículo 2 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social-, a: los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares; los representantes, delegados y demás miembros de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares; y a los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares. Sin embargo, sí le es de aplicación el marco jurídico-legal de la vigente Ley Orgánica 4/2000 a un conjunto de personas concretas

MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M. (dirs.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y GARCÍA SILVERO, E. A. (coords.), Comares, Granada, 2010, pp. 264-304.

⁸¹⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “La no discriminación por razón de nacionalidad y los comunitarios B”, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, AA.VV., Tomo II, cit. pp. 999-1032.

⁸¹⁵ MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., “La centralidad del trabajo como factor de integración social”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: balance y perspectivas de futuro*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dir.), cit., pp. 13 y ss.

relacionadas en el artículo 41 de la misma, pero con la particularidad de no tener necesidad de obtener la autorización de trabajo para el ejercicio de sus actividades. Es el caso de: técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados, por el Estado, las comunidades autónomas o los entes locales o los organismos específicos en la materia; profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española; personal directivo y profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas; funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengan a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española; corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados para el ejercicio de la actividad informativa; miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado; artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada; ministros, religiosos o representantes de las diferentes iglesias y confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas; extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales; y menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

Al margen de estas excepciones, pero también siendo reflejo de ellas y su sentido y alcance, la inspiración de la política jurídica desarrollada en el marco de este régimen general -cuyo eje central lo constituye la autorización de trabajo y el permiso de residencia-, en su articulación parte de la estrecha conexión entre inmigración y mercado de trabajo -ya apuntada en el capítulo anterior y en precedentes epígrafes-. La relación entre ambos supone la subordinación de la política jurídica de inmigración y extranjería -a través del marco jurídico-legal regulador de la misma- a la racionalidad económica. *A priori*, el necesario sentido social y humanitario en la regulación del acceso al empleo de las personas extranjeras inmigrantes, queda en un segundo plano.

Es así porque con este régimen, estas personas son instrumentalizadas –mercantilizadas–, regulando –o más bien controlando– su acceso, permanencia e, incluso, retorno –o salida– atendiendo a la situación económica nacional de cada momento, en relación directa y conexas con las necesidades del mercado de trabajo. En esta dirección, y también derivado de esta última lógica, la política jurídica de inmigración se laboraliza: el Estado interviene activamente en el control de los flujos migratorios determinando la capacidad de acogida atendiendo a las necesidades del mercado laboral⁸¹⁶.

El paradigma de esta circunstancia lo constituye el ya analizado artículo 2 *bis* de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que regula la política inmigratoria y, más concretamente, relaciona una serie de principios de la misma⁸¹⁷. La premisa inspiradora en la configuración y relación de los mismos fue el interés explícito por la puesta en marcha de una política de inmigración legal y ordenada con fundamento en dichos principios. Esta especificación implica que el legislador muestra interés concreto y apuesta en y por una inmigración sólo en la medida necesaria para España. Se impone, pues, una lógica de control sociopolítico de la inmigración en la que se insta a la

⁸¹⁶ ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., “Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas”, *Revista Temas Laborales*, núm. 104, 2010, p. 15. Asimismo, ORTEGA PÉREZ, N. y PÉREZ ROPERO, V., “Inmigración y crisis económica en España. Entre la consolidación y el mantenimiento: análisis del cambio de la política”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 35 y ss. Sobre este modelo, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada”, cit., pp. 48-49. En la misma lógica, incidiendo en que se pretende que la inmigración contribuya a la creación de riqueza y no consuma excesivos recursos públicos, CAVAS MARTÍNEZ, F., “Estudio preliminar. Veinticinco años de Legislación sobre Extranjería e Inmigración en España”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su Nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., p. 29.

⁸¹⁷ Por otra parte, ya analizados. En cualquier caso, se establecen los siguientes: a) *la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea*; b) *la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo*; c) *la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía*; d) *la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*; e) *la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley*; f) *la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las Leyes reconocen a todas las personas*; g) *la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas*; h) *la persecución de la trata de seres humanos*; i) *la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social*; j) *la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo*.

ordenación y canalización legal de la inmigración atendiendo a la capacidad de acogida de la sociedad española y a las necesidades reales del mercado de trabajo⁸¹⁸: así lo reafirma el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprobó el nuevo y último –por el momento- reglamento de desarrollo del texto legal reformado de la Ley Orgánica 4/2000, pues la misma –lógica y consecuentemente- es también una de sus fuentes de inspiración. Para ello, no sólo sigue teniendo una trascendencia importantísima la autorización de trabajo y el permiso de residencia atendiendo a la propia legalidad para el estatuto jurídico de derechos de la persona inmigrante⁸¹⁹, sino que también la misma se tendrá que ajustar –principalmente- a las necesidades del mercado de trabajo nacional para acceder, permanecer y/o reincorporarse a él desde la más estricta legalidad.

Adquiere así una dimensión esencial la plena efectividad y adecuación a la realidad social de la inmigración que ha de tener en nuestro país el conjunto de medidas jurídico-políticas articuladas para la entrada y permanencia de estas personas. A tal fin, el Real Decreto 557/2011 trata de regular exhaustiva y concisamente las situaciones jurídicas de los extranjeros inmigrantes, tanto de los que se encuentran en España como de los que están fuera y tienen intenciones de emigrar con idéntico destino. Sigue imperando, por ende, la esencia controladora de la inmigración y no la social.

Una mayor concreción de este carácter, se halla en el artículo 2 bis. 2 b) de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, al fijar *la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo*. Esta última, como ya se advirtió, constituye un principio preferencial del trabajador nacional y comunitario sobre el inmigrante extranjero que viene de fuera, pues para que este acceda a un puesto de trabajo, primeramente se tiene que comprobar y corroborar por los Servicios

⁸¹⁸ En este sentido, *vid.*, SOLANES CORELLA, A., “La apertura selectiva: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana”, en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA. VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), cit., pp. 67-95; IBÍDEM: “¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España”, *Migraciones Internacionales*, vol. 4, núm. 4, 2008, pp. 135-172.

⁸¹⁹ Al respecto, se ha repensado el concepto de irregularidad de la persona extranjera inmigrante, recuperando para ello la apuesta por planes de regularización, en cuanto deber general de los miembros de la sociedad receptora para garantizar las condiciones en las que aquélla pueda participar con igualdad y no discriminación en la vida social, PÉREZ GONZÁLEZ, D., “Una propuesta de revisión de la idea de irregularidad en relación con la situación del inmigrante”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 171-181.

Públicos de Empleo correspondientes que no existe en el mercado de trabajo ningún nacional, ni comunitario, ni extranjero en situación administrativa regular, que se ajuste al perfil deseado y solicitado para el desarrollo de la actividad laboral. En vez de una libre concurrencia de personas de igual condición –trabajadoras- ante una oferta para un puesto de trabajo a cubrir, se considera al inmigrante extranjero como segunda opción, con fundamento en un condicionante adicional –el ser nacional de un tercer Estado-. Se condiciona y sujeta a la lógica del mercado, el material derecho humano a inmigrar, a ser inmigrante.

Obviamente, para que este principio adquiriera mayor relevancia, sentido y alcance en clara concordancia con la inmigración necesaria, deben de funcionar con la mayor eficacia de las posibles el conjunto de mecanismos articulados para el acceso al mercado de trabajo, tratando sobre todo de que los mismos se aproximen al máximo a la realidad social actual de la inmigración. Tanto la gestión colectiva de las contrataciones en origen, como diferentes catálogos de ocupaciones de difícil cobertura publicados a lo largo del año, han de responder certera, acertada y verdaderamente a las necesidades del mercado de trabajo nacional, atendiendo a especificidades concretas según Comunidades Autónomas⁸²⁰, con lo que éstas también serán responsables del correcto funcionamiento de la nueva lógica de la política de inmigración. Sin embargo, *a sensu contrario*, la elaboración de éstos últimos –los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura- se ha visto complejizada en el Real Decreto 557/2011, en su artículo 65, tanto por las ocupaciones a incluir –mayores requisitos de las mismas para incluirlas en el catálogo- como para el empleador que pretenda incluir alguna actividad en el mismo –demostración efectiva de una oferta de trabajo para un puesto análogo ya cubierto-⁸²¹. Sólo desde este planteamiento, y a pesar de la incidencia reglamentaria advertida, mediante el acercamiento y convergencia efectiva de la realidad social con la norma, el

⁸²⁰ Un cambio significativo introducido por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, fue precisamente la configuración de un nuevo marco de valoración para la determinación de la situación nacional de empleo, pues la misma, según el artículo 65, se ha de valorar a nivel autonómico y no provincial –como anteriormente acontecía-. En el caso concreto de las tres provincias insulares, se puede establecer el catálogo para cada isla o agrupación de ellas.

⁸²¹ En este sentido, MOLINA HERMOSILLA, O. y VELA DÍAZ, R., “El esperado reglamento de extranjería: principales novedades en la regulación de la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”, cit., pp. 107-110.

derecho se aproximará a la política del mismo y no como hasta ahora en relación a este aspecto. Es así porque los mecanismos citados de acceso al empleo de personas extranjeras, en su regulación, se encontraban totalmente alejados de la realidad social, haciendo que la política de inmigración, en cierto sentido y al respecto, fracasase, sobre todo, en su efectividad.

Teniendo presente esta circunstancia, así como el contexto de crisis financiera y económica a nivel internacional imperante aproximadamente desde 2008, la respuesta político-jurídica española a la inmigración extranjera por parte del poder público ante su acceso al empleo, se ha producido en una doble dirección: restrictiva y selectiva⁸²². Por una parte, restrictiva, porque, de un lado, coyunturalmente ha restringido drásticamente y cuantitativamente las necesidades del mercado de trabajo nacional respecto a la inmigración extranjera, tal y como queda manifestado en el escaso número de ocupaciones ofertadas progresivamente en la gestión colectiva de contrataciones en origen hasta el año 2011 –antiguo contingente anual- como en los sucesivos catálogos de ocupaciones de difícil cobertura de esos mismos años, hasta llegar a no aprobar contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable para el presente año 2012 por medio de la primera, originando así una gestión colectiva de contrataciones en origen cero⁸²³; y, de otro lado, mercantilizando a las propias personas inmigrantes extranjeras

⁸²² En esta dirección se defiende que se ha tratado de contener la llegada de personas inmigrantes extranjeras, drenar el mercado de trabajo nacional y dirigir selectivamente la inmigración para atender de un modo flexible las necesidades del mercado laboral, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante”, en *Inmigración, mujeres y menores*, AA. VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), cit., pp. 97-99. Sobre varias dimensiones incluidas en esta doble tendencia, GRAU PINEDA, C., “Crisis económica y gestión de los flujos migratorios laborales”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), cit., pp. 419-433.

⁸²³ Ilustrativos de esta tendencia son los sucesivos contingentes o gestión colectiva de contrataciones en origen que se han ido aprobando desde el año 2009, pues las posibles contrataciones en el marco de los mismos se redujeron significativamente hasta, finalmente, erradicarlas. Para el año 2009, por resolución de 26 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, se aprobaron 901 ofertas de empleo. Por medio de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre de 2009, se aprobaron para 2010, tan sólo 168 contrataciones en origen. Por Orden TIN/3364/2010, de 30 de diciembre, de 2010, se aprobaron para el año 2011 exclusivamente 14 contrataciones en origen, referidas todas ellas a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Y, por Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, no se aprobaron contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable por medio de esta vía, amparándose para ello en el artículo 169.3 del Real Decreto 557/2011, por el que se establece la posibilidad de que, atendiendo a la situación nacional de empleo, no se establezca cifra de puestos de trabajo a cubrir ni una delimitación de ocupaciones laborales. Por otra parte, un análisis sucesivo de los mismos desde el año 2002 al 2010, se encuentra en FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., SERRANO VILLAMANTA, J. Y CARDENAL

impulsando el retorno a sus países de origen, tanto a través de la capitalización de la prestación por desempleo –programa totalmente coyuntural aprobado en plena crisis económica-, como mediante los demás programas existentes al respecto sustentados en ayudas estatales o por parte de Organizaciones No Gubernamentales –programa de retorno voluntario para inmigrantes en situación de vulnerabilidad social; asistido con reintegración; y para inmigrantes acogidos al programa de abono anticipado de prestación a extranjeros-.

Además, en esta misma dirección, no se ha de obviar que, por medio de la Orden PRE/2072/2011, de 22 de julio, se publicó el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se estableció la reactivación del período transitorio en relación con la libre circulación de los trabajadores de Rumanía. Atendiendo a ésta, las personas inmigrantes nacionales de Rumanía -que desde comienzos de 2009 no necesitaban ni el permiso de residencia ni la autorización de trabajo-, que llegasen a España desde el 22 de julio de 2011 o que, encontrándose ya en territorio español, no figurasen como dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o inscritos como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo a dicha fecha, para poder trabajar por cuenta ajena, se le requerirá la autorización de trabajo regulada en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Precisamente, la decisión fue argumentada por el Gobierno español sobre la base del impacto de la población trabajadora rumana en el mercado de trabajo español y la difícil situación del mismo. Al respecto, fundamentó jurídicamente la misma en el Anexo VII del Acta Relativa a las Condiciones de Adhesión y a las adaptaciones de los Tratados en los que se basa la Unión Europea, que prevé que los Estados miembros adopten esta medida cuando sufran perturbaciones en su mercado de trabajo que puedan poner en grave peligro el índice de empleo. Esta medida estará vigente desde la fecha indicada hasta finales de 2012, cuando el Gobierno evaluará los efectos de la medida, acordando la suspensión de la misma o su continuación.

Por otra parte, es de destacar igualmente la dirección selectiva de esta política jurídica, porque ante la apuesta por un nuevo modelo productivo en el que predomine la

CARRO, M., “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), cit., pp. 469-473.

innovación y el conocimiento, transponiendo la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a la entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 se ha introducido el artículo 38 *ter*, titulado *residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados*, que ha sido desarrollado específicamente en el capítulo V –artículos 85 a 96- del título IV, sobre residencia temporal, del Real Decreto 557/2011. El mismo establece, para estas personas, mecanismos de entrada, permanencia y salida más flexibles y garantistas que los fijados de un modo general y clásicos ya, atendiendo a la consideración de éstos como trabajadores extranjeros autorizados a desempeñar una actividad laboral para la que se requiere contar con cualificación de enseñanza superior o, excepcionalmente, acreditar un mínimo de cinco años de experiencia profesional susceptible de considerarse equiparable a dicha cualificación. Por tanto, frente y junto a la restricción de la inmigración clásica de años anteriores a la crisis, se añade e impulsa la nueva tendencia y orientación selectiva en la entrada, permanencia y salida de estas personas extranjeras –también inmigrantes- pero cualificadas⁸²⁴.

De esta manera, la regulación jurídico-legal de la inmigración en relación al mercado de trabajo y de acceso al mismo, debería de valorarse y enjuiciarse o bien desde el nuevo derecho antidiscriminatorio o bien se debería cambiar la concepción económico-laboral de la inmigración de escasa cualificación presente en nuestra sociedad. En esta dirección, ante el carácter global y permanente de las migraciones – independientemente a que varíen la cantidad de los flujos en determinados momentos coyunturales-, así como económico-laboral, claramente se ha de apostar por la cualificación y formación de las personas inmigrantes extranjeras⁸²⁵, a fin de que el

⁸²⁴ Desde la perspectiva de su consideración como un instrumento de la gestión activa comunitaria de las migraciones, USHAKOVA, T., “La directiva de la tarjeta azul de la Unión Europea como instrumento de política activa de gestión migratoria”, *Revista Tribuna Social*, núm. 236-237, 2010, pp. 57-69. Adicionalmente, considerando que en la misma está latente una contradicción entre la necesidad de atraer a la inmigración altamente cualificada y el deseo de preservar los intereses del mercado de trabajo nacional, USHAKOVA, T., “Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea”, cit., p. 109.

⁸²⁵ En este sentido, un sector de la doctrina ha defendido la política de recolocación frente a la de retorno, por las mayores oportunidades reales que se pueden abrir a nuevos empleos y de mayor valor añadido, MOLINA NAVARRETE, C., “La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: clave de gestión de la diversidad cultural en el trabajo”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: balance y perspectivas de futuro*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 87-96.

trabajo sea digno, estable y de calidad –trabajo decente-. Es clave en ello las intenciones político-jurídicas de promocionar el acceso al empleo mediante la adecuación de las competencias de la población extranjera inmigrante trabajadora a las demandas y oportunidades del mercado laboral a través: de una parte, de políticas activas de empleo específicas y, de otra parte, con una mejora en la gestión en los procedimientos relacionados directamente con las autorizaciones administrativas⁸²⁶. Se dotaría así del necesario sentido social y humanitario a las migraciones y no simplemente de control social en torno no ya solo a las autorizaciones administrativas, sino también a las necesidades económicas de los países y de su mercado de trabajo. Si esto no es así, se produciría una brecha social en el seno de los movimientos migratorios entre la inmigración económico-laboral sin cualificación o con ésta más baja –clásica y consolidada hasta ahora-, con condiciones un tanto precarias y empleada en segmentos laborales peores del mercado de trabajo, y otra inmigración específicamente cualificada y reconocida como tal con condiciones más beneficiosas en su entrada, residencia y estatuto jurídico-social de derechos.

A su vez, el sentido y alcance de estos planteamientos político-jurídicos y su carácter en relación al acceso al empleo, están manifestando una contradicción relevante entre, de una parte, el derecho social al trabajo reconocido universalmente y configurado jurídico-legalmente y, de otra parte, el acceso al empleo -en cuanto manifestación efectiva del anterior- de la inmigración extranjera, pues éste último produce resultados sobre el plano concreto de la economía nacional. A tal fin, para salvaguardarla, se utilizan barreras administrativas –controladas estatalmente y, en algunos casos, autonómicamente- a superar con la intención clara y expresa de ordenar la inmigración, sometiéndola a la legalidad en forma de autorizaciones administrativas y las necesidades estrictas del mercado de trabajo. Esta situación es fruto de que el trabajo ha dejado de ser concebido, como en épocas anteriores, como un factor de producción más, junto a la tierra y el capital, para pasar a estar configurado como un elemento de riqueza. Hecho que en muchas ocasiones se concreta en un discurso xenófobo por parte de personas trabajadoras nacionales –normalmente con dificultades para su inserción sociolaboral- articulado sobre la idea de que los trabajadores extranjeros inmigrantes

⁸²⁶ Constituyen estas intenciones un objetivo del área de empleo y promoción económica del II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014), AA. VV., *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, cit., pp. 120-121.

reducen los puestos de trabajo para los nacionales⁸²⁷. Cuando realmente, a lo mejor, lo que generan es mayor competitividad y desarrollo, por más que éstos estén ocupando trabajos poco cualificados que, en muchos casos, no suelen ni ser demandados ni ocupados por los nacionales, originando así nichos laborales.

4.1.2.- La igualdad de condiciones en el trabajo

Una vez que la persona extranjera inmigrante ha accedido al empleo, en el desarrollo de la actividad laboral y, por ende, en sus condiciones de trabajo, ésta, jurídico-formalmente tiene reconocida una plena igualdad para con el resto de trabajadores. Prima en ello su condición de persona trabajadora sobre la de extranjera y, consecuentemente, la validez del contrato de trabajo sobre la autorización administrativa de trabajo. La actividad laboral no admite diferencias fundamentadas en la nacionalidad, pues de la materialidad del trabajo que se realiza se deriva el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos resultantes del propio trabajo⁸²⁸. Consecuentemente, es objeto de aplicación toda la legislación sociolaboral. La igualdad en su vigencia, así como su sentido y alcance, se tiene que materializar de idéntica forma entre todas las personas trabajadoras, indistintamente a su nacionalidad y/o condición. Rige un principio de igualdad de trato, sin posibilidad de establecer discriminación alguna por razón de nacionalidad⁸²⁹.

En esta política jurídica, paradigmático es, al respecto, que con fundamento jurídico-constitucional y legal concreto⁸³⁰, específicamente la vigente Ley Orgánica

⁸²⁷ OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, cit., p. 79.

⁸²⁸ Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, *vid.*, SEMPERE NAVARRO, A. V. y CANO GALÁN, Y., “La igualdad laboral en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11, 2008, pp. 67 y ss.

⁸²⁹ Sobre su alcance histórico y límites, RAMOS QUINTANA, M^a I., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 158-165. Con carácter general, BOLEGO, G., “Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro”, en *Diritto del lavoro e società multiculturale*, AA. VV., VISCOMI, A. (coord.), cit., pp. 551-558.

⁸³⁰ Ilustrativamente, *vid.*, al respecto, el artículo 14 de la Constitución, los artículos 17, 24.2 y 28 del Estatuto de los Trabajadores, los artículos 3 y 23 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y

4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, incluye, en los términos apuntados, este momento del trabajo de los extranjeros en España y esta circunstancia, al introducir entre los principios de la política inmigratoria –*ex artículo 2 bis. 2- la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social*. Éste ya ha sido analizado específicamente en el capítulo anterior, con lo que se remite al mismo. Sin embargo, sí se ha de tener presente y reiterar que su implicación más inmediata y relevante, derivada de su conexión con el artículo 13.1 de la Constitución, es que una vez que la persona extranjera inmigrante ha entrado en España, ha accedido al mercado de trabajo y cumple los requisitos previstos al efecto, el ejercicio efectivo del derecho al trabajo genera automáticamente el reconocimiento, titularidad y posibilidad de ejercicio del conjunto de derechos fundamentales directamente vinculados a él. Implícitamente, el trabajador de nacionalidad española se convierte en canon de medida de la aplicación de la legislación sociolaboral y la persona extranjera se rige por la misma normativa y en condiciones de igualdad que y con las que se rige el trabajo del nacional⁸³¹. No cabe ni tiene justificación formal y material una diferencia de trato en la aplicación y vigencia de la misma por razón de nacionalidad.

4.2.- EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS COMO PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el artículo 10.2 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se regula el derecho al trabajo de las personas extranjeras en el marco del empleo público.

Hasta comienzos del presente siglo, este derecho no se contempló para las personas extranjeras. Fue la versión inicial y originaria de la Ley Orgánica 4/2000, la que reconoció y atribuyó este derecho para estas personas. En la misma, en idéntico

Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, o el artículo 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

⁸³¹ VIDAL FUEYO, M^a C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., pp. 301-302.

número de artículo y apartado, se realizó una referencia expresa al derecho de las personas extranjeras a ser empleadas públicas. Ahora bien, sólo como personal laboral de la Administración pública. Se estableció claramente que *los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, con lo que a tal efecto podrán presentarse a las ofertas de empleo público que convoquen las Administraciones públicas*. Pese a la limitación explícita presente en la titularidad y ejercicio de este derecho, su sentido y alcance supuso una novedad sustancial⁸³². Fue así porque, en su momento, la propia Ley Orgánica 4/2000 fue el primer texto jurídico-legal en reconocer, con carácter general, el derecho de acceso al empleo público por parte de las personas extranjeras. Sin dejar de reconocer –y reiterar– que se hizo con una gran modulación de su contenido, al establecer su efectividad sólo en el marco del personal laboral. Eso sí, en igualdad de condiciones que los españoles y nacionales sujetos al régimen comunitario.

Sin embargo, esta regulación y configuración jurídico-legal de este derecho, en un primer momento, suscitó varias controversias⁸³³. Una primera, en estrecha relación con la clasificación de los derechos de los extranjeros realizada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 107/1984, fue la posibilidad de que en el ejercicio de este derecho, se pudiera dar el caso de que el personal laboral extranjero ejerciese algún tipo de poder público. Una segunda, fue la cuestión sobre si el acceso en condiciones de igualdad de los extranjeros, junto a los de mérito y capacidad, originaba una situación fáctica complicada de resolver, pues implícitamente estas personas extranjeras no observaban la situación nacional de empleo –una limitación que sí se debía de considerar para el acceso al empleo de las restantes extranjeros, salvo los supuestos legalmente exceptuados, no siendo éste el caso–.

⁸³² Así lo calificó un sector doctrinal, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., p. 207.

⁸³³ BALLESTER PASTOR, M. A. y BLASCO PELLICER, A., “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional”, *Revista Justicia Laboral*, núm. 2, 2000, pp. 16 y ss.

Posteriormente, en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, tanto en la operada por medio de la Ley Orgánica 8/2000 como 14/2003, ya no se obviaba esta situación que podría haber generado agravios comparativos difíciles de resolver entre iguales situaciones de trabajadores extranjeros en el momento de acceso al empleo, con desigual resolución. En consecuencia, otorgándole un componente de equidad a las situaciones objeto de regulación jurídico-legal, se pasó a exigir la necesidad de que la persona extranjera obtuviese un permiso de residencia para que se pudiese presentar a las ofertas de empleo público que estimase convenientes y superar, en el supuesto caso, las pruebas o concursos necesarias, con la pretensión de observar, al igual que el resto de españoles y tal y como establece el artículo 103 de la Constitución, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de comprobar su aptitud para el caso concreto del puesto de trabajo para el que se hubiese presentado la persona extranjera.

Pero aún así, es susceptible de que se pudiese presentar alguna que otra particularidad en relación a la regulación establecida. De un lado, se ha de tener presente siempre que la actividad como personal laboral de esta persona extranjera estará condicionada a la duración y vigencia del permiso de residencia, así como a sus posibles renovaciones. Y, de otro lado, no es posible acceder a la condición de funcionario. En relación a esta cuestión, cabe plantear el interrogante de que si es el mismo puesto y la misma labor a desempeñar, por qué no puede acceder el trabajador extranjero a la condición de funcionario si ha demostrado su capacidad en las pruebas y por los principios claros por los que se rigen, entre los que es de destacar el de igualdad⁸³⁴. De esta forma, lo que se produce es una cláusula de exclusión de la función pública para las personas extranjeras por razón de nacionalidad, amparada en que supone ejercicio de poder y su estrecha vinculación a la soberanía nacional. Esta justificación, quizás, no sea la más acorde a los tiempos actuales y a la dimensión social no ya sólo del Estado español, sino de la propia Unión Europea.

Estos interrogantes y cuestiones controvertidas siguen estando presentes en cierta medida tras la última reforma del texto legal, pues la Ley Orgánica 2/2009, por la

⁸³⁴ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada”, cit., pp. 139-140.

que se operó la misma, cambió íntegramente la redacción del artículo 10.2, pero no su sentido. La regulación vigente del derecho establece que *los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Una remisión a la normativa legal específica en materia de empleados públicos, realizada con carácter absoluto y general, en blanco, sin condicionante alguno. En ella, en el artículo 57.4, se fija que *los extranjeros con residencia legal en España, podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles*⁸³⁵. Destaca del mismo la exigencia explícita de la residencia en situación de regularidad administrativa –en clara consonancia con la reforma introducida en el apartado primero del mismo artículo–, la exclusividad de la condición de personal laboral y la igualdad de condiciones en el acceso que los españoles. Por tanto, el alcance y las implicaciones del ejercicio efectivo de este derecho no se vieron modificados ni reformados. Sin embargo, sí se diluyen las dudas sobre los planteamientos presentados en relación a la primera de las dos cuestiones problemáticas precedentes, ya que el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público –funcionarios de carrera- remite al 11.2 –personal laboral-, en base al cual el ejercicio de funciones que conlleven la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la defensa de los intereses generales estatales y de las Administraciones Públicas, corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos. Las personas extranjeras, por tanto, quedan excluidas de la realización de estas funciones.

La excepción puntual y particular a esta exclusión se encuentra también en el propio Estatuto citado, pero en su artículo 57.5. Para el acceso a la condición de funcionario, por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, se puede eximir el requisito de nacionalidad por motivos de interés general. Así, de forma excepcional, es susceptible de configuración legal a escala estatal o autonómica, según cuerpo o escala de la Administración correspondiente

⁸³⁵ Un comentario sobre el mismo, CAVAS MARTÍNEZ, F., “Artículo 57. Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados”, en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (dirs. y coords.), cit., p. 603. Igualmente, SEMPERE NAVARRO, A. V. y HIERRO HIERRO, F. J., “Artículo 57. Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados”, en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs.), QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 512-513.

para la que se apruebe la medida, un derecho al trabajo en cuanto funcionario de carrera para personas nacionales de terceros Estados, ya que aquellos pertenecientes a la Unión Europea tienen su regulación expresa en el mismo artículo pero en los apartados primero a tercero. Ante esta posibilidad, se refuerza aún más la lógica de vinculación entre inmigración extranjera y mercado de trabajo, ya que el interés general se identifica claramente con la necesidad concreta y particular de ocupar determinados trabajos y desarrollar las correspondientes actividades profesionales en el marco del empleo público que, por motivaciones diferentes e inherentes a los mismos, no se cubren en la cantidad debida o esperada con personas nacionales o comunitarias⁸³⁶. Ilustrativos son, al respecto, los casos en el ámbito del Ejército español, la docencia o la sanidad pública.

Realizada esta matización clave en la interpretación de este derecho y al margen de la puntualísima excepcionalidad que puede presentar, se ha de entender y comprender desde una perspectiva general que –indistintamente a las sucesivas reformas sufridas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social-, en el desempeño ordinario de la actividad laboral como personal laboral de la Administración Pública, la persona trabajadora extranjera, obviamente y remitiendo a lo ya advertido, también goza del principio de igualdad de trato y de la no discriminación en las condiciones de trabajo. Es un trabajador más, independientemente a su nacionalidad.

4.3.-EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS PENADOS EXTRANJEROS

Ya se ha advertido que la presencia de personas extranjeras en la sociedad española es una realidad social más. Ésta realidad, en igual sentido y dirección, se ha trasladado a los centros penitenciarios españoles y no precisamente por la criminalización de la inmigración extranjera. Más bien al contrario y por una simple lógica: en la misma medida que se ha incrementado la población extranjera y ésta se sujeta a la ley, ante determinadas infracciones y supuestos fijados, regulados y tasados,

⁸³⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., p. 213.

la misma puede ser sancionada con pena de prisión en los distintos regímenes previstos, al igual que cualquier otra persona; también, derivado de ello, en clara coherencia, se ha incrementado la presencia de estas personas extranjeras en las cárceles, en comparación a determinadas décadas y años del siglo pasado en los que la presencia de población extranjera inmigrante en España no era significativa. Todo ello por más que en la política jurídica actual al respecto prime más la lógica de la expulsión que la del cumplimiento de condenas y reinserción social, ya que, de un lado, el Código Penal, en su artículo 89, facilita el procedimiento de expulsión como sustitutivo de la pena a cumplir, en el caso de que las personas extranjeras no residentes legalmente cometan delitos; y, de otro lado, el artículo 57.2 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, permita la expulsión –al constituir causa de ello- del extranjero cuando haya sido condenado –dentro o fuera de España- *por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados*⁸³⁷.

Desde esta premisa y pese a las posibilidades existentes, hay nacionales de terceros Estados en las cárceles españolas. Éstos, al igual que las personas nacionales reclusas, tienen también su estatuto jurídico de derechos, sean fundamentales o no, formal y materialmente. Entre ellos y, más particularmente entre los primeros, paradigmáticamente, el derecho al trabajo. Los mismos podrán ejercitarlo y, por tanto, trabajar bien en el interior del centro penitenciario –con las particularidades debidas e inherentes a esta relación laboral- o bien en el exterior cuando accedan al tercer grado o a la libertad condicional, siendo objeto en este caso de una relación laboral ordinaria.

Al respecto, con carácter general, ilustrativo es que la Constitución, en el artículo 25.2 establezca el derecho de los reclusos *a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social*. Es decir, sin estar enunciado y anunciado *ad hoc*, en su seno se reconoce a estas personas concretas privadas de libertad un auténtico y genuino derecho social fundamental al trabajo –*stricto sensu*- de carácter subjetivo. En este caso, un derecho social de prestación, pues aparece

⁸³⁷ Ambas posibilidades reguladas penal y legalmente, fueron introducidas por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, mediante modificaciones tanto en el Código Penal como en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

directamente como entidad responsable y obligada de su satisfacción el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente – *ex* artículo 1 del Real Decreto 782/2001-⁸³⁸. Es más, profundizando en la propia lógica social e inclusiva derivada de este derecho e inherente a su caracterización y su funcionalidad para este colectivo concreto, se fija igualmente y, por ende, se eleva a rango constitucional, la finalidad perseguida de la reeducación y reinserción social, no siendo ni constituyendo la actividad laboral desempeñada por el recluso un trabajo forzoso⁸³⁹. *A sensu contrario*, por las particularidades que presenta el mismo, la actividad laboral en los centros penitenciarios es considerada por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 2.1 c), una relación laboral de carácter especial⁸⁴⁰. En esta dirección, el sentido, el alcance y las implicaciones de este particular derecho al trabajo y su ejercicio, por la relación e interconexión existente entre los artículos 13.1, 10.2 y el propio 25.2 de la Constitución, se ha de extender a las personas extranjeras, tanto en su titularidad como en su ejercicio. A ello contribuye, desde la perspectiva de la regularidad administrativa, el hecho de que, por Instrucción del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, la resolución de la autoridad judicial que ordene el ingreso en prisión tiene la validez de una autorización de trabajo –hasta la finalización de las actividades laborales en el interior del centro penitenciario- a efectos de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social sin ser necesario ningún trámite adicional,

Sin fracturar ni alterar esta lógica imperante y consideración del derecho al trabajo y su ejercicio efectivo y desarrollo como actividad laboral especial, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el Real Decreto

⁸³⁸ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 172/1989, aclara que el reconocimiento constitucional de este derecho no implica su configuración como un verdadero derecho subjetivo perfecto del interno frente a la Administración, ni tampoco una mera declaración dirigida a destacar una obligación positiva de la Administración Penitenciaria, pues existe una exigencia complementaria de la garantía fundamental de la participación en la actividad de prestación de la Administración. Es por ello por lo que *predomina en este derecho su carácter de derecho a prestación, con una eficacia limitada a las posibilidades materiales y presupuestarias del propio establecimiento, y por ello, para el interno, es un derecho de aplicación progresiva, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata.*

⁸³⁹ En este sentido, se ha defendido que del trabajo del penado no se valora la utilización económica de su esfuerzo, sino la propia actividad como elemento básico para la reeducación y la reinserción social, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 9, 1982, p. 555.

⁸⁴⁰ *Vid.*, al respecto, MORENO VIDA, M^a N., “Artículo 2. Relaciones laborales de carácter especial”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), cit., pp. 59 y ss.

782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, se ocupan de la misma. En la primera, en el capítulo II, en los artículos 26 a 35, con carácter general se regula el trabajo, paradigmáticamente desde la óptica de la consideración del mismo no sólo como un derecho y deber, sino también como elemento nuclear y esencial en el tratamiento penitenciario para la reinserción social, no apareciendo mención concreta ni específica alguna a la nacionalidad de la persona. Por, tanto, es universal su reconocimiento, ejercicio y desarrollo. Por su parte, en el segundo, pese a ser más reciente en el tiempo y pese a que, específicamente, se delimitan los derechos y deberes laborales, la duración de la relación laboral, la promoción, las causas de suspensión y de extinción de la relación laboral, la organización del trabajo, los salarios y el calendario laboral y la protección de seguridad social, cae en el olvido la referencia a la nacionalidad del recluso, a la persona extranjera o a las posibles condiciones en que se halle ésta. Es más, tampoco se encuentra una remisión en blanco a la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en relación a la efectividad del derecho al trabajo de estas personas y su capacidad para contratar⁸⁴¹. Por tanto, para este colectivo, respecto a esta cuestión, en el ordenamiento jurídico-penitenciario, implícitamente, ha pesado la naturaleza formal y material del derecho al trabajo en cuanto derecho social fundamental universal, frente a la consideración de derecho de configuración legal del mismo para las personas extranjeras en libertad. Muestra ilustrativa de ello es el derecho de todos los reclusos –también los extranjeros- a no ser discriminados *para el empleo o una vez empleados por razones de nacionalidad* –ex artículo 5.1 a) del Real Decreto 782/2001⁸⁴²-. Se recoge así, expresamente, la igualdad plena existente entre todos los

⁸⁴¹ Como sí se encuentra en la regulación de otras relaciones laborales de carácter especial, tal y como denuncia FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 302. *A sensu contrario*, con carácter general, se ha señalado que mientras que el trabajador libre presta un consentimiento al nacimiento del contrato, la relación de trabajo del penado nace directamente de la ley, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias”, cit., p. 557.

⁸⁴² De destacar es que, en este artículo de este Real Decreto, quedan reconocidos a los trabajadores internos un conjunto de derechos laborales básicos de carácter individual coincidentes, en gran medida, con los derechos reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores a los trabajadores libres por cuenta ajena en la relación de trabajo. Sin embargo, diferente es el caso de los derechos laborales colectivos, al reducirse al reconocimiento en la valoración del trabajo productivo. *Vid.*, al respecto, RODRÍGUEZ

reclusos para el reconocimiento y efectividad del propio derecho, pues se extiende tanto al momento de acceso al trabajo como al propio desarrollo de la actividad laboral – momentos en los que, precisamente, para el extranjero en libertad, como se ha apuntado, no existe esta igualdad-.

Mayores dudas planean sobre el sentido, alcance y naturaleza de este derecho en el caso de que la persona penada extranjera pueda realizar actividades en régimen abierto o en libertad condicional. También por Instrucción aprobada por el Consejo de Ministros el 1 de julio de 2005, se tiene que presentar una solicitud de concesión de validez de la autorización de trabajo a la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado, o el Auto del Juez de Vigilancia por el que es acordada dicha clasificación o la concesión de la libertad condicional, junto a otros documentos encargados de acreditar la situación del extranjero en el momento de producirse la condena cuando pasa a régimen abierto o libertad condicional, y el contrato de trabajo.

En este caso, atendiendo a la propia lógica jurídico-penitenciaria subyacente en concordancia con la ordenación jurídico-constitucional, cabría concebir tanto el derecho al trabajo como al ejercicio de la actividad laboral de los penados extranjeros como una excepción particular al régimen administrativista general bajo el que es regulada la inmigración y extranjería en España. Sin embargo, ello no es posible y no es así, porque en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, no se incluye este colectivo entre los detallados en el artículo 2 y en el artículo 41 de la misma, que se ocupan, respectivamente, de las exclusiones del ámbito de la ley y de las excepciones a la autorización de trabajo. Muy al contrario, en el artículo 36.1 de la misma se confirma y establece la necesidad de que cada uno de los integrantes de este colectivo, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, obtenga la autorización administrativa previa para residir y trabajar. Únicamente se fija una salvedad para ellos: la no obligatoriedad de la concesión conjunta y previa de la autorización de trabajo junto a la de residencia. Ambas previsiones fueron expresamente introducidas en la vigente Ley Orgánica

MESA, M^a J., “La relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias”, *Revista de Derecho Social*, núm. 16, 2001, pp. 54-56. Asimismo, FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, cit., pp. 354 y ss.

4/2000 por la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009, legalizando así esta situación que, anteriormente a la misma, en la *praxis* ya se producía⁸⁴³.

Esta vigente ordenación jurídico-legal de la inmigración extranjera en relación al colectivo de penados extranjeros es tremendamente vaga, pues no se establece nada más respecto a ella –independientemente a lo establecido en el artículo 57.2 ya advertido-, ni siquiera en el reglamento de desarrollo de la misma –Real Decreto 557/2011-. En base a esta circunstancia, es manifiesta y expresa la total descoordinación no sólo entre la legislación penitenciaria y la de extranjería e inmigración⁸⁴⁴, sino también entre sus propias lógicas inherentes y finalidades perseguidas: de un lado y para la primera, el cumplimiento de condenas y la reinserción y reeducación social, siendo el trabajo clave en ello, y, de otro lado y para la segunda, una lógica de control mediante las autorizaciones administrativas y de expulsión –por ende, exclusión social- de las personas extranjeras que han cometido delitos sancionables con penas de prisión. Es más, atendiendo a la experiencia práctica y a la realidad, esta descoordinación no va a desembocar en una colisión, pues ambas legislaciones no tienden a converger, al transcurrir paralelas. Ahora bien, si convergen con el vigente modelo regulador que presentan ambas, sí colisionan.

Pero, como no ha sido así, la consecuencia inmediata de esta circunstancia es totalmente negativa y restrictiva sobre la naturaleza, el sentido y el alcance de los derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras. En este caso, sobre las reclusas y sobre su derecho social al trabajo, paradigmáticamente, al consolidarse un estatus de ciudadanía disminuido⁸⁴⁵. No cabiendo la prevalencia de una regulación jurídico-legal sobre otra, ya que ambas tienen carácter orgánico, se debe de atender

⁸⁴³ *Vid.*, al respecto, ilustrativamente, FERNÁNDEZ ARTIACH, P., “La autorización para el trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 12, 2006, pp. 50 y ss. Asimismo, CHARRO BAENA, P. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Artículo 36. Autorización de residencia y trabajo”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., pp. 642-643.

⁸⁴⁴ En este sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Las autorizaciones de los penados extranjeros cumpliendo condena”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., p. 555.

⁸⁴⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Las autorizaciones de los penados extranjeros cumpliendo condena”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., p. 575.

conjuntamente a las mismas desde el caso concreto que se trate, quedando manifestadas evidentes incongruencias en forma de interrogantes a los que se hace difícil articular y fundamentar jurídicamente una coherente respuesta, sobre todo en el caso del derecho al trabajo y su ejercicio efectivo. Paradigmáticamente, basta manifestar algunos particulares en relación con la efectividad del derecho al trabajo: si a la persona extranjera reclusa se le cumple el permiso de residencia estando en prisión, ¿pesa y se hace efectiva *ipso facto* su expulsión por estancia irregular en España?, o, ¿se tiene en cuenta su situación de recluso hasta el cumplimiento de condena y posteriormente es expulsado tras cumplir ésta al quedar en libertad, rompiéndose así la finalidad de la reinserción?; ¿tiene sentido que el penado extranjero interno cuando tenga libertad, para acceder a un trabajo en aras de favorecer su reinserción social y reeducación, ejerciendo un derecho social fundamental que tiene reconocido expresamente en condiciones de igualdad, observe la situación nacional de empleo o los catálogos de difícil cobertura?; en el caso de un trabajo en régimen de tercer grado y teniendo presente el modelo de contratación en origen imperante, ¿cómo es contratada la persona extranjera si el cumplimiento de condena le impide desplazarse a su país de origen?

La respuesta a estos interrogantes, sea la que sea y la que se trate de buscar, junto a la de otros que se puedan plantear en la misma dirección, pasa por la distinción implícita entre la titularidad y el ejercicio del derecho, supeditando la efectividad del mismo a la posesión de las autorizaciones administrativas correspondientes. Una doctrina y concepción, tanto jurisprudencial como legal, ya superada para otros derechos fundamentales de las personas extranjeras ya analizados. En este caso concreto, lamentablemente, no ha sido así por la deficiente técnica legal reguladora de la inmigración y extranjería en esta materia, ya que no ha atendido a la estricta configuración constitucional y legal –en el ámbito penitenciario- del derecho al trabajo de los reclusos en centros penitenciarios –indistintamente a su nacionalidad- como derecho social fundamental de integración. Así, el derecho al trabajo de los penados extranjeros no es un derecho de configuración legal, como es el derecho al trabajo de las personas extranjeras en libertad. Es un derecho fundamental *stricto sensu* constitucionalmente reconocido. Desde esta concepción, con su sentido y alcance más inmediato y en relación a los artículos 10 y 13.1 de la propia Constitución, es necesario proceder con la adecuada regulación jurídica del mismo en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración

Social. Siempre y cuando, claro está, se opte por querer mantener a este colectivo muy particular dentro de su ámbito de aplicación y no se considere política y jurídicamente una excepción a la misma.

4.4.- EFECTOS PROTECTORES DEL EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR

Las personas extranjeras inmigrantes que, encontrándose en España, no se hallan en situación administrativa regular y, por tanto, al margen de la legalidad, bien porque no han entrado siguiendo los procedimientos previstos legalmente o bien porque han quedado en esta situación estando ya en España, constituyen un colectivo relevante en la sociedad española. A los mismos no se les destina específicamente un conjunto de medidas jurídico-legales. Más bien al contrario, son destinatarios de las mismas en un segundo plano desde la perspectiva y concepción de una inmigración extranjera legal y ordenada que, precisamente, trata de luchar contra ellos para que no se hallen en esa situación. Conforman un colectivo muy vulnerable socialmente, que se ve impulsado a trabajar, aunque formalmente no tenga atribuido el derecho al trabajo porque el legislador lo ha configurado sometiendo su ejercicio efectivo a la autorización de trabajo. Ante esta regulación, *a priori* y durante bastantes años, la persona extranjera inmigrante estuvo desprotegida, en cuanto que sus derechos de configuración legal no estuvieron reconocidos para estos concretos trabajadores extranjeros. Pese a esta circunstancia, estas personas desarrollaron -y desarrollan- actividades laborales. El trabajo de las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular es una realidad.

La regulación jurídico-legal de la misma se encuentra en el artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. La premisa básica desde la que se ha de partir para comprender el verdadero sentido de este precepto es el hecho de la existencia de trabajadores extranjeros inmigrantes que están residiendo y/o trabajando en España sin las correspondientes autorizaciones administrativas establecidas legalmente, formando parte de la economía sumergida, siendo contratados por empleadores que igualmente no

observan los procedimientos legales establecidos al efecto⁸⁴⁶ y que se aprovechan de su situación de desprotección, en cuanto colectivo social muy vulnerable.

Ante esta realidad, el derecho no podía permanecer impasible y, *a posteriori*, con la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 ocurrida en el año 2003 por medio de la Ley Orgánica 14/2003, se incluyó un genérico y social artículo 36.3. La última reforma operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009, lo ha modificado en la misma dirección, pasando a ser el artículo 36.5. Éste matiza que la carencia de la autorización de residencia y trabajo –al margen de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social- no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni es obstáculo para *la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación*. Es decir, explícitamente, se reconoce legalmente la validez del contrato de trabajo y, en consecuencia, el conjunto de derechos inherentes a la persona en su condición de trabajadora y las prestaciones sociales derivadas, independientemente al hecho de que el trabajador extranjero inmigrante no esté autorizado administrativamente para trabajar. Se vinculan así los derechos a la propia actividad laboral desarrollada *de facto* y no al contrato de trabajo, readquiriendo valor en este caso concreto y para este colectivo la teoría de las relaciones laborales de hecho⁸⁴⁷.

En las leyes reguladoras de la extranjería e inmigración anteriores a la reforma del año 2003, el contrato de trabajo era considerado nulo⁸⁴⁸, amparándose para ello en dos preceptos. De una parte, en el artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores que, en sede de capacidad para contratar, establece que *podrán contratar la prestación de*

⁸⁴⁶ En este sentido, monográficamente, *vid.*, GARCÍA VALVERDE, M. D., “La contratación ilegal de extranjeros”, *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, pp. 61-87.

⁸⁴⁷ *Vid.*, al respecto, DE LA VILLA GIL, L. E., “Relaciones laborales de hecho”, *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 47, 1961, pp. 3 y ss.

⁸⁴⁸ Actualmente, en el Derecho Comparado, hay algunos países europeos en los que el contrato de trabajo firmado con un trabajador sin la correspondiente autorización posee el carácter de nulo por regla general, como es el caso de Austria, Francia, Bélgica, Hungría o Reino Unido. Para ver los detalles particulares de cada caso, *vid.*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Efectos jurídicos de la contratación de inmigrantes “ilegales”: una aproximación desde el Derecho Comparado”, en *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, AA. VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord.), cit., pp. 13-15.

trabajo [...] los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia, reconociendo intrínsecamente al mismo tiempo la falta de autorización para trabajar con la falta de capacidad para contratar. Y, de otra parte, en el artículo 6.6 del Código Civil, ya que establece que *los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de la contravención*. En consecuencia, el que la persona extranjera estuviese en posesión de una autorización para trabajar, era una condición de inexcusable cumplimiento. Es así porque las normas de extranjería son de orden público y el no tenerlas en cuenta privaba de validez y eficacia al contrato de trabajo. La declaración de nulidad de contrato tenía unos efectos totalmente desprotectores para el propio trabajador extranjero, en cuanto que ello conllevaba la inexistencia del despido, aumentando así el poder de dirección del empleador a su libre arbitrio. Únicamente, en virtud del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, se establecía el derecho del trabajador a la contraprestación por el trabajo realizado en caso de contrato nulo. Destaca así el objetivo del enriquecimiento injusto del empleador mediante el empleo de trabajadores extranjeros inmigrantes en situación administrativa de irregularidad.

Con esta doctrina y concepción del contrato de trabajo y actividad laboral desempeñada por el extranjero se llega al año 2003, cuando jurisprudencialmente cambió el modelo vigente hasta el momento, por el elevado peso que tenía la inmigración irregular en esos momentos y la situación de exclusión y vulneración a la que se estaban viendo abocados los trabajadores extranjeros carentes de las correspondientes autorizaciones administrativas. En este contexto adquirieron una relevancia, por su impacto social, las SSTS de 9 de junio, de 29 de septiembre y de 7 de octubre, de 2003, que pasaron a declarar la validez del contrato de trabajo del trabajador extranjero en situación administrativa irregular. Una tendencia sociolaboral protectora que se vio plasmada posteriormente de un modo inmediato en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 a través de la Ley Orgánica 14/2003, como ya se ha puesto de relieve, en su artículo 36.3. De esta forma, la primera perspectiva quedó superada por la nueva regulación establecida, produciendo un efecto relevante debido al reconocimiento pleno de la validez del contrato de trabajo del extranjero inmigrante en situación administrativa irregular en lo relativo a las consecuencias económicas derivadas de dicha relación laboral, así como de los derechos y prestaciones que pudieran

corresponderle⁸⁴⁹. Y, posteriormente, como ya se ha manifestado, en la misma dirección, con la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009, demostrándose así el sólido fundamento legal con el que cuenta la jurisprudencia sobre la no nulidad del contrato en caso de carencia de la autorización administrativa para trabajar⁸⁵⁰.

Gracias a esta reforma se han recogido y se han hecho patentes jurídico-legalmente los planteamientos de solidaridad internacional inherentes al derecho del trabajo. En relación a los derechos, se afirman y establecen los de carácter social del trabajador en su condición de persona⁸⁵¹. Todos los trabajadores tienen acceso a dichos derechos y sus garantías, sin que condicionantes como la raza, el sexo o la condición administrativa puedan menoscabar la titularidad y ejercicio de los mismos –*ex* artículos 17 del Estatuto de los Trabajadores y 3 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social-. Es aquí donde el derecho al trabajo se expresa en su versión más genuina de derecho social, ya que mediante una homogeneización normativa por encima de las fronteras nacionales tiende a una nivelación de las posibles desigualdades a producir mediante la promoción y defensa de unas condiciones de trato igual. Por su parte, en relación a las prestaciones, al margen del análisis realizado del derecho a la Seguridad Social, se deben de entender en un sentido omnicompreensivo. No se establece distinción concreta y específica alguna referente a si se tratan de las de origen profesional o comunes. La excepción es la prestación por desempleo, expresamente excluida en el artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009,

⁸⁴⁹ Pese a esta nueva línea de defensa de la validez del contrato de trabajo, un sector de la doctrina ha defendido constantemente lo contrario, MONTOYA MELGAR, A., *El empleo ilegal de inmigrantes*, cit., pp. 91-114; CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 451-452. Una visión de síntesis sobre el debate, DÍAZ AZNARTE, M^a T., “El trabajador extranjero en situación administrativa irregular”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), cit., pp. 405-413; ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 174-185.

⁸⁵⁰ En este sentido, OLARTE ENCABO, S., “Artículo 7. Capacidad para contratar”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), cit., pp. 165-167. Sistemáticamente, sobre sus efectos, CHARRO BAENA, P., “La doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre los derechos laborales y de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular”, cit., pp. 123-126.

⁸⁵¹ Tal y como ha manifestado un sector de la doctrina, BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al derecho del trabajo*, 11^a ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 289.

siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en su Sentencia de 18 de marzo de 2008⁸⁵². Ahora bien, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades penales administrativas en las que incurra el empleador por contratar a trabajadores extranjeros que carezcan de autorización para trabajar.

En cualquier caso, se ha de tener presente que, como las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular se corresponden con trabajadores que no cumplen el requisito de residencia legal y de estar en posesión de la autorización de trabajo exigida, la finalidad básica de este artículo se puede ubicar en la protección de una persona que tiene la clara pretensión de ganarse un sustento vital –aunque sea mínimo- frente a la utilización ilícita de su fuerza de trabajo. Éste debe de ser el verdadero sentido inspirador del alcance del artículo 36.5. En suma, se ha reconocido para todos los trabajadores extranjeros inmigrantes un estatus laboral y de protección social mínimo, más allá de su situación de regularidad o irregularidad administrativa. Esta lógica y concepción se trata de profundizar desde una línea de actuación y medida establecida e impulsada desde el II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014) en el área de empleo y promoción económica, al pretender mejorar la lucha contra la contratación irregular y la explotación laboral⁸⁵³.

Muestra de la importancia que puede tener este artículo y la validez del contrato de trabajo, lo constituye las posibles vías de regularización de la situación administrativa de estas personas presentes ya en la sociedad. Una vez que las regularizaciones masivas de principios de siglo han sido superadas como mecanismo, existen, principalmente, dos posibilidades al efecto en las que el contrato de trabajo es elemento esencial: el arraigo laboral y el arraigo social.

Fue en la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, cuando en el artículo 31.3 quedó regulado de forma expresa la figura genérica del arraigo, remitiendo

⁸⁵² RAMOS QUINTANA, M. I., “La aclaración legal del alcance de la protección social del trabajador extranjero irregular. Especial referencia a la protección por desempleo”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), cit., pp. 647-651. Desde una perspectiva jurídico-crítica, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y el anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008”, cit., pp. 73 y ss.

⁸⁵³ AA. VV., *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, cit., pp. 121-122.

al Reglamento. Al respecto, se deja claro que *la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente y en estos supuestos no será exigible el visado*. Esta redacción jurídico-legal, no ha sufrido modificación posterior. Sí la ha sufrido el desarrollo reglamentario del mismo en el Real Decreto 557/2011, al quedar específicamente regulados en el artículo 124 los supuestos de arraigo laboral, social y familiar.

El arraigo laboral entró en vigor en agosto del 2005. Mediante esta figura, los trabajadores extranjeros inmigrantes en situación administrativa de irregularidad tienen la posibilidad de obtener una autorización para trabajar y un permiso de residencia acreditando una permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales tanto en España como en su país de origen y mediante la demostración de la existencia de relaciones laborales con duración superior a los seis meses –*ex* artículo 124.1-. En lo que toca a este último requisito de los establecidos, que presupone que el trabajo es prestado de forma irregular, es donde se sitúa el mayor problema, ya que para acreditar la relación laboral adquiere carácter indispensable una resolución judicial que la dé por reconocida o una resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que confirme su existencia⁸⁵⁴. Este hecho supone que, de una parte, el trabajador extranjero en situación administrativa irregular tenga que denunciar al empleador por su condición de irregular para acogerse a la figura del arraigo laboral, supuesto que en muchos casos no sucede porque esta persona tiene miedo por la carencia de la documentación administrativa requerida y se mantiene en su exclusión, jugando un papel fundamental la presión del resto de sus compañeros de trabajo en situación de irregularidad; y, de otra parte, se ha de confirmar la hipótesis de que el empleador haya tenido que ser descubierto por la Inspección de Trabajo en el uso y empleo de trabajadores extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular. Con dicha acta de infracción que acredite la realización de actividad laboral, el

⁸⁵⁴ Este constituye el sentido que dota de pleno carácter práctico a este precepto legal. En sentido análogo, se pronuncia FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., p. 154. Asimismo, Díez Rodríguez, J. M., “La actuación de la Inspección de Trabajo en materia de extranjería” en *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, AA. VV., Tomo I., cit., pp. 377-400.

extranjero en situación administrativa irregular puede acogerse al arraigo laboral, siempre y cuando, obviamente, se cumplan también los requisitos anteriores advertidos, que no son susceptibles de tanta controversia. Si bien se ha de tener presente que la permanencia en España se ha de acreditar, aunque no venga expresado, con el empadronamiento, adquiriendo éste así gran importancia.

Este caso está en muy estrecha conexión con el supuesto del arraigo social –ex artículo 124.2-, gracias al cual se puede conceder un permiso de residencia temporal a aquellos extranjeros que acrediten que han permanecido en España durante un período mínimo de tres años, siempre y cuando carezcan de antecedentes penales tanto en España como en su país de origen y cuenten con un sólo contrato de trabajo firmado por el propio trabajador y el empresario en el momento de solicitud con duración no inferior a un año. En relación a éste último, se abre la posibilidad de presentar trabajos a tiempo parcial simultáneos, siempre que la duración mínima sumada sea al menos de un año y la jornada no inferior a 30 horas en el cómputo global. Y que, adicionalmente, o acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes -arraigo social por vínculos familiares- o presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el Ayuntamiento -arraigo social por inserción social-.

Además, complementariamente, en el artículo 124.3, se establece el arraigo social cuando la persona extranjera sea hijo/a de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles -arraigo social privilegiado⁸⁵⁵-, siempre que el progenitor solicitante tenga a su cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paterno filiales respecto al mismo.

4.5.- EL DERECHO AL TRABAJO EN CUANTO DERECHO LABORAL BÁSICO DEL ESTATUTO DE DERECHOS DE LA PERSONA EXTRANJERA TRABAJADORA

⁸⁵⁵ Expresiones y conceptos clasificatorios utilizados para los tres casos por TRINIDAD GARCÍA, M. L., “La residencia temporal en supuestos excepcionales”, en *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, TRINIDAD GARCÍA, M. L. y MARTÍN MARTÍN, J., cit., pp. 128-130.

El derecho al trabajo se recoge jurídico-legalmente en el propio Estatuto de los Trabajadores, en el artículo 4.1 a), dentro del conjunto de derechos laborales. En este caso concreto, es configurado como un derecho básico de la persona trabajadora, remitiendo su contenido y alcance a lo que disponga la específica normativa. Partiendo de esta precisión apriorística, se ha de considerar que este derecho es una transcripción textual o una reproducción⁸⁵⁶ del derecho al trabajo reconocido jurídico-constitucionalmente en el artículo 35. Ahora bien, con una notable, explícita e inclusiva diferencia en su ámbito subjetivo, ya que por su consideración en el propio Estatuto de los Trabajadores como un derecho de carácter básico de la persona en su condición de trabajador, precisamente éste se extiende tanto en su titularidad como en su ejercicio a todas las personas trabajadoras, independientemente a su condición, nacionalidad, etc. Precisamente, esta universalidad de reconocimiento para todas las personas trabajadoras refuerza y resalta su carácter de derecho social⁸⁵⁷.

Sin embargo, su ubicación estatutaria está justificada. Al respecto, se ha de considerar que su proclamación está más bien asentada y fundamentada en la posición del trabajador en cuanto miembro integrante de un grupo definido –categoría social- y en el ejercicio de las libertades individuales y derechos correspondientes, y no tanto en el sentido propio y técnico–jurídico de sujeto y parte de una relación de carácter jurídico–laboral. Se resalta así su carácter de derecho social, al configurarse como un derecho que tiene por sujetos a un grupo particularizado, a un colectivo, que es el de los trabajadores –indistintamente a su condición y nacionalidad-.

Como consecuencia, el derecho al trabajo definido y configurado jurídico-legalmente, se extiende a todas las personas extranjeras inmigrantes trabajadoras. Tanto si éstos están en situación administrativa regular como irregular. Es decir, independientemente a su condición de trabajadores *de iure* o *de facto*. Como ya se ha analizado, una vez que la persona extranjera accede al empleo, rige la igualdad de

⁸⁵⁶ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. R., “Derechos y deberes laborales. (En torno a los artículos 4 y 5)”, cit., p. 260.

⁸⁵⁷ Un sector de la doctrina lo califica como derecho social de ciudadanía preexistente a la constitución de una relación laboral, sin implicar ello la exclusión de las dimensiones individual y colectiva inherentes al mismo definidas jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/1981, MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 4. Derechos Laborales”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), cit., pp. 120-121.

condiciones en éste y, al considerarse el contrato de trabajo válido, tiene vigencia y efectividad la totalidad del estatuto jurídico-laboral de derechos reconocidos en el artículo cuarto del Estatuto de los Trabajadores, entre los que se encuentra, paradigmáticamente, el derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo legalmente definido y el ejercicio efectivo del mismo, se convierte en modelo de derecho de integración, inclusión e igualdad.

Por otra parte, este derecho al trabajo reconocido jurídico-legalmente, se encuentra conectado formalmente con la libertad de profesión u oficio –*ex* artículo 4.1 a)-, ya que se reconoce específicamente *el derecho al trabajo y libre elección de profesión u oficio*. Esta última, la libertad de elección de profesión u oficio, además de ser un derecho en términos estrictos, tiene una innegable dimensión institucional, pues es principio cardinal de toda la ordenación jurídica del mercado de trabajo. Como resultado, la persona trabajadora, en cuanto sujeto de derecho, es contemplada desde la perspectiva social y profesional de un miembro integrante de un grupo⁸⁵⁸. Asimismo, implica el reconocimiento, en el ámbito de las relaciones de trabajo, de un derecho de carácter individual a la libre determinación profesional, ya que nadie puede ser obligado a ejercer una actividad profesional en contra de su voluntad, así como a no sufrir por ello discriminación alguna o competencia desleal. De esta manera, se configura y define como derecho social de libertad, tendiendo a la igualdad de todas las personas que componen la sociedad y, entre ellas, en el seno de la misma. Con esto, a lo que contribuye este derecho es a la formación y acceso a una auténtica y genuina ciudadanía social inclusiva, en la que la libertad de elección de un trabajo, dentro de las posibilidades existentes, contribuye a la realización personal en el trabajo desde un plano de igualdad de oportunidades.

Sin embargo, se ha de advertir que este derecho se sitúa en una fase anterior a la propia constitución de la relación de trabajo, informando la posición del trabajador en el momento de seleccionar su oferta laboral en el mercado de trabajo y prohibiendo la aparición de restricciones o limitaciones que, de manera injustificada, impidan a la propia persona ejercer la profesión de su preferencia.

⁸⁵⁸ MOLINA NAVARRETE, C., “Derechos laborales”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), cit., pp. 120-121.

Además, este derecho tiene dos claras dimensiones estrechamente relacionadas entre ellas y con lo ya advertido respecto al mismo. Si por una parte se pretende conseguir la inhibición estatal en la propia actividad económica individual de la persona como trabajador mediante un derecho-libertad, a la vez que se pretende la prohibición de las prácticas de sujetos privados contrarios al libre ejercicio de la actividad laboral; por otra parte, se pretende la protección de las personas contra aquellos obstáculos que se puedan presentar y que tengan como clara finalidad el impedimento del trabajo⁸⁵⁹.

Esta última dimensión tiene una clara relación con las libertades de residencia y circulación. Para el caso de los trabajadores extranjeros, estas libertades se encuentran supeditadas a la posesión de las correspondientes autorizaciones administrativas. Así, si se está en posesión de la autorización administrativa para trabajar y el permiso de residencia, el trabajador extranjero podrá moverse por territorio nacional, pero no por el territorio comunitario de la Unión Europea, teniendo éste que solicitar de nuevo todos sus permisos en el país al que vaya, no valiendo en ese país las autorizaciones administrativas españolas. La excepción la constituyen los trabajadores extranjeros altamente cualificados. Esto, sin duda alguna, es una clara limitación, ya que si a efectos de derechos son considerados como extranjeros aquellos nacionales de terceros Estados en todo el territorio de la Unión, para la circulación dentro de ella una vez que han conseguido regularizar su situación dentro de algún Estado miembro, deberían tener la posibilidad del pleno disfrute y goce de una libertad fundamental de residencia y circulación que se presenta fuertemente vinculada a un derecho social del conjunto de las personas y de los trabajadores en cuanto tales, como es la libertad de elección de profesión u oficio. De esta manera, se beneficiaría la economía y aumentaría la competitividad de y entre los trabajadores, más allá de la nacionalidad concreta que presenten, así como habría una mayor flexibilidad y apertura en los mercados de trabajo.

⁸⁵⁹ Como señala la doctrina, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho al trabajo. La libertad de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 341-342.

5.- LOS DERECHOS DE ACCIÓN PROCESAL. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En un modelo de Estado social de Derecho, corresponde a los jueces y tribunales desempeñar el rol de ser los garantes esenciales del imperio de la ley, de su correcta aplicación, de los derechos y de la sujeción de todas las personas a la justicia y al orden jurídico, tanto constitucional como legal. En ello es clave el derecho a la tutela judicial efectiva. Radica aquí gran parte de su fundamentalidad, pero no sólo material, sino también formal. Es así porque la Constitución lo incluyó en el catálogo de derechos fundamentales de la persona, por lo que en el artículo 24.1 queda fijado que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*. Atendiendo al caso concreto de los derechos, este artículo conlleva, de una parte, un derecho a la total justiciabilidad de cualquier derecho o interés legítimo –cualquier situación jurídicamente relevante- de la persona, en cuanto derechos subjetivos e intereses jurídicamente dignos de protección; y, de otra parte, el derecho a que esta tutela se preste de un modo efectivo, pues del propio artículo constitucional no se desprende un derecho de acceso a ella, sino expresa y directamente, la obtención de la misma. Por tanto, de una parte, queda constitucional y expresamente recogida la prohibición de toda forma denegatoria de justicia evitando así una indefensión⁸⁶⁰ y, de otra parte, se manifiesta explícitamente su marcado carácter tuitivo, al proyectarse el derecho sobre todos los órdenes jurisdiccionales y sobre toda clase de procesos⁸⁶¹.

En este sentido, paradigmáticamente, a título ejemplificador, siendo modelo de traslación de este derecho a la tutela judicial efectiva al ámbito de las relaciones laborales, el artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores reconoce, como derecho laboral básico en la relación de trabajo de toda persona en su condición de trabajadora –indistintamente a la nacionalidad y/o situación administrativa-, la posibilidad individual de ejercer acciones derivadas del contrato de trabajo –en todo caso y reiterativamente,

⁸⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., p. 428.

⁸⁶¹ GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 329.

como ya se ha analizado, plenamente válido⁸⁶², quedando establecido el desarrollo específico de este derecho laboral en la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, en sus artículos 16.1 y 17.1, en los que se alude a la capacidad y legitimación procesales en cuanto derechos de acción procesal para el ejercicio ante los órganos jurisdiccionales respecto a los derechos e intereses legítimos derivados del contrato de trabajo.

Asimismo, en consonancia, por su sentido, alcance y carácter general, la propia Constitución reconoció la titularidad y ejercicio de este derecho, de un modo directo y expreso, a todas las personas, indistintamente a la nacionalidad que presenten o a su condición. Es un derecho que pertenece a toda persona en cuanto tal, porque es garantía de su dignidad (SSTC 107/1984 y 99/1985). En consecuencia, no se admiten restricciones ni en su titularidad ni en su ejercicio. Es un derecho fundamental universal. En el supuesto de las personas extranjeras, su atribución constitucional ha sido claramente refrendada por la doctrina del Tribunal Constitucional, no dejando lugar a interpretaciones que posibiliten sujeciones o limitaciones del derecho y su ejercicio, siendo paradigmáticas al respecto las Sentencias 99/1985, 115/1987 y 236/2007, entre otras.

En concordancia, la vigente regulación jurídico-legal del mismo no sólo está en concordancia con su regulación constitucional, sino que también lo está con su reconocimiento por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haciéndose efectivo y aplicándose así la interpretación conjunta de los artículos 10.2 y 13.1 de la Constitución⁸⁶³. Ilustrativo es que: el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos disponga que las personas tienen derecho a un *recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la amparen contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley*; el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoja que *todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia*; el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establezca que *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída*

⁸⁶² En este sentido, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., pp. 155-158. Asimismo, CEINOS SUÁREZ, Á., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 468.

⁸⁶³ *Id.*, al respecto, JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., pp. 235-237.

equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley...; o el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fije que *toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva...* Muestra clara, por tanto, de su atribución universal en titularidad y ejercicio.

Por su parte, la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, a fin de evitar posibles interpretaciones restrictivas recoge el mismo en el artículo 20.1 de una forma clara, general y sencilla, pero llena de contenido y significación, ya que fija que *los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva*. Directamente, transcribe este artículo al 24 de la Constitución. Al no aludir cuestiones de residencia o de domicilio habitual, se hace explícita su universalidad e, incluso, con una mejor técnica en comparación con otros derechos fundamentales ya analizados, pues éste no se otorga tomando como referencia y canon a las personas de nacionalidad española. En función de esta forma de redacción y atribución, sería susceptible de valorar como innecesaria su regulación específica para las personas extranjeras en esta Ley, ya que se refiere -mediante la forma apuntada- a un derecho fundamental *stricto sensu* que es indisponible para el legislador. Sin embargo, con la misma, se trata de ofrecer una mayor seguridad y garantía jurídica para el estatuto jurídico de derechos de la persona extranjera, en términos de que su reconocimiento implica su consideración como derecho aplicado en igualdad de condiciones⁸⁶⁴. Más aún cuando se trata de un derecho fundamental que, en sí mismo, es un instrumento para la defensa de los demás derechos e intereses legítimos de los que sean titulares las personas extranjeras, configurándose constitucional y legalmente como garantía jurídica de los mismos⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ En este sentido, ARANA GARCÍA, E., “Derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., p. 314.

⁸⁶⁵ ARANA GARCÍA, E., “Derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., p. 317. En el mismo sentido, JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., pp. 233. Se apunta, en este sentido, que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido constitucionalmente es el precepto más invocado en materia de derechos fundamentales, GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 324.

Ahora bien, la regulación jurídico-legal que ha experimentado este derecho no ha permanecido invariable como se configura actualmente, si no que la misma ha experimentado avances, sobre todo a través de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Éstos han sido mantenidos y consolidados en posteriores reformas introducidas. Los mismos se empezaron a construir directamente por ésta última en su versión originaria e inicial al recoger, de la forma universal apuntada, el derecho a la tutela judicial efectiva, mientras que por medio de la reforma citada, se modificaron en la dirección advertida algunas particularidades concretas relacionadas con este derecho en los apartados siguientes en los que queda reconocido, conformando, en consecuencia, un modelo de reconocimiento de titularidad y ejercicio del derecho más garantista. Se superó así el espíritu policial y restrictivo de la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en relación al mismo, pues aunque en su artículo 29.1 se reconociese que los extranjeros gozaban en España de la protección y garantías establecidas en la Constitución y en las Leyes, el Real Decreto 155/1996, por el que se aprobó el Reglamento de Ejecución de esta última, matizó y puntualizó que los extranjeros tenían derecho a la asistencia letrada sólo en caso de detención –*ex* artículo 2.3 del mismo–, limitando así su sentido y alcance y vulnerando su propia naturaleza y regulación jurídico-constitucional. Por razón de nacionalidad, se discriminaron contenidos del mismo y se limitó un derecho fundamental de la persona.

En cualquier caso, atendiendo a la adecuada, correcta y vigente regulación jurídico-legal apuntada en relación con la regulación jurídico-constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona extranjera implica y supone que ésta no sólo puede, sino que también debe de ser protegida y amparada en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante la justicia para que le sean satisfechas, siempre y cuando lo realice por los cauces establecidos al efecto por el legislador, respetando éste el contenido esencial del derecho. De aquí deriva el marcado carácter social prestacional que presenta esta tutela judicial efectiva (STC 99/1985, fj.14)⁸⁶⁶. Así, de la misma forma y como expresión material de su contenido, esta persona extranjera también tendrá el derecho de acceso a los Tribunales; el derecho al juez ordinario predeterminado por ley; el derecho al proceso debido; el derecho a la asistencia y defensa de letrado; el derecho a la

⁸⁶⁶ Doctrinalmente, RIVERO LAMAS, J., “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 2025.

gratuidad de la defensa de oficio para aquellos que acrediten insuficiencia de medios para litigar; el derecho a ser informado de la acusación formulada; el derecho a la igualdad de partes en el proceso; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a no declararse culpable; y el derecho a que se respeten las garantías procesales contempladas en el artículo 24.2 de la Constitución –comprendiendo, a su vez, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho de audiencia, el derecho a la defensa y asistencia de letrado, el derecho a la asistencia de un traductor, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, el derecho de alegación y prueba, el derecho a obtener una resolución motivada y el derecho a la ejecución de la sentencia firme-. Todos ellos en igualdad de condiciones de titularidad y ejercicio para la persona extranjera, si bien algunos de los mismos podrán adquirir una mayor relevancia e importancia para la defensa de sus intereses atendiendo a su particular condición y posición jurídica. Más allá de ello, esta igualdad supone explícitamente que extranjeros y nacionales españoles gozan de idénticos derechos procesales, no viéndose limitados o restringidos el conjunto de los anteriores por motivos de nacionalidad o condición de extranjería⁸⁶⁷.

Sin embargo, este reconocimiento general de derechos de acción procesal desprendido del derecho a la tutela judicial efectiva en la vigente Ley Orgánica 4/2000, no culmina así. Adicionalmente, el propio legislador ha recogido en tres apartados más, incluidos en el mismo artículo, una mayor concreción del mismo sobre determinados aspectos y ámbitos de actuación particulares de los extranjeros ante los poderes públicos⁸⁶⁸. En este sentido, el apartado segundo del mismo menciona expresamente las garantías del procedimiento administrativo en materia de extranjería, imponiendo una especialidad en lo relativo a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, para que así, en materia de extranjería –por su excepcionalidad y especialidad⁸⁶⁹-, las decisiones adoptadas sean conformes al

⁸⁶⁷ En este sentido, CEINOS SUÁREZ, Á., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 470. COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Problemática procesal de la extranjería”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, 4ª ed., AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), cit., p. 756.

⁸⁶⁸ Desde esta perspectiva, COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Problemática procesal de la extranjería”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, 4ª ed., AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), cit., pp. 757-760.

⁸⁶⁹ Al respecto, se ha apuntado que, con este precepto, basándose en este carácter, el legislador pretende recordar a la Administración Pública –titular de la potestad reglamentaria- la necesidad de respetar las

derecho, haciéndose así efectivo el derecho a la tutela judicial. Por su parte, el apartado tercero del mismo establece una legitimación para intervenir –en los procedimientos administrativos- como interesadas –no como titulares del derecho- a aquellas organizaciones constituidas legalmente para la defensa de las personas extranjeras inmigrantes, constituyéndose la misma en una garantía excepcional y extraordinaria en la defensa de sus derechos por medio de la intervención en aquéllos de personas jurídicas ligadas a la protección y defensa del colectivo de personas extranjeras, siempre y cuando las mismas: se hayan constituido en España conforme a la legalidad, su finalidad principal sea la defensa de las personas extranjeras inmigrantes y cuando la persona extranjera expresamente la haya designado. Y, cerrando este artículo, en el apartado cuarto, la remisión realizada a las entidades legitimadas para intervenir en los procesos contenciosos-administrativos afectadas en los términos del artículo 19.1 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conlleva, implícitamente, que se trate, de una parte, de una corporación, asociación, sindicato grupo o cualquiera de las entidades establecidas en el artículo 18 de la misma –grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos- legalmente habilitado para la defensa de los derecho e intereses legítimos colectivos; y, de otra parte, que cualquiera de las anteriores se encuentren afectados por la resolución administrativa firme en materia de extranjería.

Asimismo, también se ha de tener en cuenta que el Tribunal Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha añadido otro conjunto de derechos de acción procesal – con idéntico carácter prestacional- que, enmarcados en este derecho a la tutela judicial efectiva, claramente han pasado a formar parte de su contenido esencial, debiéndose entender, *a priori*, reconocida su titularidad y ejercicio a las personas extranjeras. Paradigmáticos son: el derecho al intérprete (STC 71/1988), el derecho a recurrir en amparo ante el propio Tribunal Constitucional ante vulneraciones de los derechos fundamentales (STC 11/1983) y el derecho a la asistencia jurídica gratuita (STC 28/1981). Los mismos han sido, *a posteriori*, configurados y desarrollados legalmente. Para el caso de las personas extranjeras, éstos se encuentran recogidos en la vigente Ley

garantías básicas de todo procedimiento administrativo en los procedimientos administrativos especiales que en materia de extranjería se establezcan, ARANA GARCÍA, E., “Derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., p. 315.

Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. El primero y el tercero en el artículo 22 de la misma, titulado -en su conjunto- derecho a la asistencia jurídica gratuita, mientras que el segundo se encuentra en el artículo 24 de la misma, bajo el título de aplicabilidad del procedimiento sumario.

Del conjunto de todos ellos, a continuación analizados, es de resaltar cómo son protegidos por la Ley y la Constitución todo un elenco de derechos de acción procesal, mediante los mecanismos incluidos en los mismos. A tal fin, bajo amparo del derecho fundamental de la persona a la tutela judicial efectiva, tratan de garantizar una igualdad formal y material en el reconocimiento, la titularidad y el ejercicio no sólo del mismo, sino también del conjunto de los derechos fundamentales de la persona.

5.1.- EL DERECHO AL RECURSO DE AMPARO: CONTEXTUALIZACIÓN

En el artículo 24 de la vigente Ley Orgánica 4/2000 –no modificado desde la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 8/2000⁸⁷⁰–, de una forma universal y general, se establece la posibilidad de que cualquier persona extranjera, indistintamente a su condición administrativa, pueda recurrir en amparo ante cualquier práctica discriminatoria que vulnere los derechos fundamentales, siguiendo el cauce previsto de garantías de los mismos fijado en el artículo 53.2 de la Constitución. Al margen del modelo garantista establecido por éste, posteriormente analizado, en su correcta y debida interpretación se plantea, en un primer momento, el interrogante de si la efectividad del mismo queda ligada sólo ante el caso de determinadas acciones discriminatorias que en sí mismas impliquen una vulneración de los derechos fundamentales o si, desde una perspectiva protectora universal, se refiere a la vulneración de cualquier derecho fundamental por el motivo que sea. *Stricto sensu*, en un segundo momento, acudiendo al propio texto jurídico-legal pero al artículo 23.1 –e independientemente a que en el apartado segundo del mismo se enumeren algunos casos

⁸⁷⁰ Vid., MERCADER UGUINA, J. R. y TOLOSA TRIBIÑO, C., “Artículo 24. Aplicabilidad del procedimiento sumario”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 406 y ss.

de forma taxativa-, se ha de entender implícitamente que hay una referencia a la totalidad de los derechos fundamentales. Es así porque este último artículo concibe a la discriminación como *todo acto que, directa o indirectamente, conlleve 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 y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*⁸⁷¹. Por tanto, una discriminación que remite no sólo a la acción realizada, sino también a la que potencialmente pueda desembocar en un acto discriminatorio, como consecuencia de una actuación que pudiera producirlo⁸⁷².

Desde esta definición y por el propio modelo jurídico-constitucional de atribución universal en titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales analizado progresivamente y reflejado en la vigente Ley Orgánica 4/2000, se han de entender protegidos y garantizados por medio de este derecho el conjunto de derechos fundamentales, ya que la práctica discriminatoria configurada legalmente supone una expresa limitación o imposibilidad de ejercicio y reconocimiento de cualquier derecho fundamental, sus contenidos y, por ende, su sentido y alcance, sobre la base de la nacionalidad –entre otros, como la raza, el color, la ascendencia, las convicciones y las prácticas religiosas-⁸⁷³.

⁸⁷¹ Mediante este concepto jurídico-legal, queda traspuesta al ordenamiento jurídico nacional, la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, ya que la misma. Es así porque la misma entiende por discriminación directa *cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que lo sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable*; mientras que concibe a la discriminación indirecta *cuando una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, sitúe a unas personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Vid., en relación al ámbito comunitario, ZOPPOLI, L., “Categorie giuridiche e sistematizzazione del diritto antidiscriminatorio”, en *Diritto del lavoro e società multiculturale*, AA. VV., VISCOMI, A. (coord.), cit., pp. 63-74.*

⁸⁷² SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Á., “Artículo 23. Actos discriminatorios”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., p. 364.

⁸⁷³ También se ha defendido esta interpretación sobre la base de la doctrina general del Tribunal Constitucional, tomando como referencia la Sentencia 107/1984, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, cit., p. 58.

Ello se constata en el hecho de que en el segundo apartado de este artículo 23, se enumeren, paradigmáticamente, a modo ejemplificador, un conjunto de acciones así consideradas: actos o prácticas administrativas discriminatorias efectuadas al aplicar la normativa que limiten un derecho previsto legalmente –apartado a)-; actos que impliquen unas condiciones más gravosas que a los españoles o que impliquen resistencia a facilitar a una persona extranjera bienes o servicios ofrecidos al público en general –apartado b)-; actos que impongan condiciones más gravosas en forma de limitaciones o restricciones a contenidos relacionados con un conjunto de derechos sociales fundamentales reconocidos a las personas extranjeras en situación administrativa regular, en los términos establecidos legal y constitucionalmente, como es el caso del derecho al trabajo, el derecho a la formación profesional o el derecho a los servicios sociales –apartado c)-; refiriéndose al derecho al trabajo, actos que impidan, mediante acciones u omisiones, el desarrollo de una actividad económica emprendida por una persona extranjera en situación administrativa regular –apartado d)-; y, por último, aludiendo a una discriminación indirecta, cualquier acto que, para la persona en su condición de trabajadora, se vea perjudicada por su condición de extranjero – apartado e)-.

5.2.- EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Por su parte, de especial trascendencia para la plena efectividad y garantía del derecho a la tutela judicial es el derecho a la asistencia jurídica gratuita⁸⁷⁴. Es así porque éste último actúa con un marcado carácter y forma instrumental (STC 28/1981) respecto a aquél: el derecho a la asistencia jurídica gratuita se tiene que reconocer en titularidad y ejercicio de forma universal para todas las personas. Si no es así, el derecho a la tutela judicial efectiva queda en mera formalidad o, directamente, vacío de contenido⁸⁷⁵, viéndose así seriamente afectada y dañada la finalidad y razón de ser de asegurar que

⁸⁷⁴ Desde esta perspectiva, GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., pp. 337 y ss.

⁸⁷⁵ JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 237.

ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar (STC 117/1998). Más allá de esta importancia y trascendencia inherente al mismo, este derecho ha experimentado también un conjunto de retrocesos y avances, traducidos en limitaciones al mismo y una vigente correcta regulación jurídico-legal, con el trasfondo de afectar a la efectividad del propio derecho a la tutela judicial.

Pese a la estrecha relación –formal y material- existente entre ambos, este derecho a la asistencia jurídica gratuita queda reconocido constitucionalmente separado de aquél. Así, en el marco del poder judicial, el artículo 119 de la Norma Fundamental, establece que *la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*. De esta forma, queda establecida, de una parte, objetivamente, una gratuidad remitida a los términos legales específicos y, de otra parte, subjetivamente, una universalidad limitada: tan sólo tienen reconocido constitucionalmente este derecho en titularidad y ejercicio el conjunto de personas con insuficiencia acreditada de recursos económicos. Con este sentido y alcance, se establece implícitamente un derecho de configuración legal a la asistencia jurídica gratuita con unos marcados caracteres procesales, social-prestacional de tutela⁸⁷⁶ y fundamental –materialmente-.

Desde esta concepción, para las personas extranjeras, este derecho se encuentra regulado en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. El mismo ha experimentado sustanciosos cambios⁸⁷⁷, hasta la adecuada regulación jurídico-legal vigente. En este sentido, el artículo 22.1 de la misma es clave, ya que reconoce que *los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones*

⁸⁷⁶ Concibiendo estrictamente desde esta perspectiva, GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., “Garantías jurídicas de los extranjeros”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D, DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), cit., pp. 134 y ss.

⁸⁷⁷ Se ha apuntado, en esta dirección, que la extranjería y la asistencia jurídica gratuita han experimentado una convivencia problemática, SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., “El derecho a la asistencia jurídica gratuita”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., pp. 310-312. Asimismo, en estrecha relación con su ámbito subjetivo, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a Á., “La progresiva configuración del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el derecho español de extranjería”, en *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, AA. VV., CHUECA SANCHO, Á. (dir.), cit., pp. 222-236

que los ciudadanos españoles. Por tanto, este derecho, en cuanto contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se reconoce universalmente para todas las integrantes de este colectivo, indistintamente a su condición administrativa, en términos de igualdad tomando como referencia a los españoles. De nuevo, al igual que sucedía en derechos anteriormente examinados, para la atribución de un material derecho fundamental de la persona, la configuración legal utiliza como canon o medida a los nacionales españoles. Una deficiencia necesitada de corrección, más aún cuando el derecho del que es contenido esencial no presenta esta referencia.

Hasta el momento anterior a la última reforma operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009, este derecho ha experimentado un largo camino repleto de luces y sombras. Inicialmente, la redacción de la Ley Orgánica 4/2000, reconoció, en su artículo 20, el derecho de todos los extranjeros a la asistencia letrada de oficio respecto a los procedimientos administrativos o judiciales que pudiesen llevar a denegar su entrada, expulsión o salida obligatoria de España y en los procedimientos en materia de asilo. La reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2000, sibilamente, lo restringió⁸⁷⁸. Ya en el artículo 22 de la misma, este derecho estaba reconocido tanto a los extranjeros en situación administrativa regular como irregular, si bien para éstos últimos con alguna que otra especificación concreta. Ésta venía referida a que la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en situación administrativa irregular quedaba limitada a los procedimientos administrativos o judiciales que pudiesen llevar a la denegación de su entrada en territorio español, a la devolución a su país de origen, a su expulsión y en todos los procedimientos en materia de asilo. Es decir, en situaciones en las que el aspecto de la humanidad y la dignidad personal se hace indispensable salvaguardar. Sin embargo, el eje vertebrador de la regularidad administrativa hacía que aquellos extranjeros en situación regular tuviesen este derecho para todo tipo de procesos, indistintamente de cuales se trataran, siempre y cuando acreditasen la insuficiencia de recursos –en clara consonancia con la Constitución–.

A su vez, también se encontraba este derecho en plena concordancia con la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita. Ésta reconocía el mismo para aquellos

⁸⁷⁸ Desde esta perspectiva, BARRANCO VELA, R., “Artículo 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 360 y ss.

extranjeros que residiesen legalmente en España y que acreditaran insuficiencia de recursos para litigar –*ex* artículo 2 a), de la misma-, a la vez que mantenía la no necesidad de este criterio para reconocer a las personas en situación administrativa irregular, en el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, que acreditaran insuficiencia de recursos para litigar, el derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a la solicitud de asilo –*ex* artículo 2 f), de la misma-. Por tanto, en conjunto, pese a que jurídico-legalmente se estaba limitando el derecho, su titularidad y su ejercicio⁸⁷⁹, a la vez que se encontraba su regulación contra su propia definición y conformación como contenido esencial de un derecho fundamental, en sí misma, la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2000 conllevó una ampliación de contenidos del derecho, al incluir en el mismo los procedimientos administrativos o judiciales que pudiesen llevar a la denegación de entrada de estas personas, así como a su devolución o expulsión de España⁸⁸⁰.

Sin embargo, el marco jurídico-legal de la su regulación durante el tiempo de la vigencia de la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2000 sobre la 4/2000, se vio afectado. Y es que la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003 manifestó la inconstitucionalidad del artículo 2 a) de la citada Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, por la exigencia de la residencia legal en España, declarando nulo el inciso *legalmente*. Argumentó el Tribunal que la literalidad del mismo implicaba que, en el caso de que la persona extranjera no residiese legalmente y no tuviese recursos económicos para procurarse un abogado que le defendiese y un procurador que le representase, se encontraba cerrado su acceso a la jurisdicción, no pudiendo someter al control de ésta la legalidad de la actuación administrativa en el aspecto de su estatus de extranjero y la posibilidad de su desemboque en una expulsión, vulnerándose así el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido universalmente en la Constitución. La nulidad apuntada, por tanto, conllevó la exigencia de una residencia fáctica –precisada en su fundamento jurídico séptimo- para el reconocimiento, titularidad y ejercicio del derecho. Y se hizo

⁸⁷⁹ *Vid.*, al respecto, la clara posición de RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La asistencia jurídica gratuita y los extranjeros”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 3, 2005.

⁸⁸⁰ Apuntando esta contradicción interna al derecho entre un retroceso general pero un avance particular de contenidos, LOSADA GONZÁLEZ, H., “Estatuto legal de los extranjeros”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), Tomo I., cit., pp. 218-219.

particularmente apelando a su sentido, alcance y conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la atribución de éste a todas las personas extranjeras, independientemente a su situación administrativa, por la doctrina del propio Tribunal Constitucional en las Sentencias 99/1985 y 115/1987.

Esta doctrina jurisprudencial fue tenida en cuenta por el legislador en la Ley 16/2005, por la que se modificó la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita. De esta forma, de una parte, el reformado artículo 2 a) de la misma reconoció a los extranjeros que se encuentren en España, más allá de su situación administrativa, el derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar; y, de otra parte, en el artículo 2 e) de la misma, se estableció concisamente que en el orden contencioso-administrativo y en la vía administrativa previa, las personas extranjeras que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, tienen derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos susceptibles de conducir a la denegación de su entrada –novedad particular ésta que implicó la ampliación del contenido del derecho-, su devolución o expulsión de España, así como en todos los procedimientos en materia de asilo.

Esta reforma jurídico-legal particular en forma de avance e impulsada por la doctrina del Tribunal Constitucional, tuvo la consecuencia y efectos inmediatos de trasladar las sospechas de inconstitucionalidad a la propia Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en esos momentos vigente, por incluir en su regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita el término *residentes*. Así lo confirmó la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, pues el término *residentes* fue declarado inconstitucional y nulo sobre la misma base y planteamientos de fondo que la anterior. Posteriormente, sin apenas transcurrir dos meses, la Sentencia 259/2007, en clara tendencia continuista, al ocuparse también de este derecho, declaró extinguido el recurso por desaparición sobrevenida del objeto respecto de la impugnación del artículo 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000. El discurso interno de ambas Sentencias⁸⁸¹ se apoya en que el precepto se estimaba contrario al artículo 119 de la Constitución en

⁸⁸¹ Respecto al mismo, en relación a este derecho, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las Sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre (y II)”, *cit.*, pp. 19-22.

relación con el artículo 24.1 de la misma, así como a los artículos 2 y 10.1 de ella, al artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y al artículo 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Y ello porque suponía la introducción de una limitación a un derecho prestacional y de configuración legal que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, suponiendo de hecho el impedir el acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos extranjeros no residentes que carezcan de recursos para litigar. Ello implicaba la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros pudiesen acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gozasen de la precisa legitimación, lo cual era a todas luces inconstitucional.

Estos planteamientos y doctrina jurisprudencial de fondo, en forma de avance claro, fue recogida y consolidada en la nueva redacción otorgada a este derecho por la reforma introducida en la vigente Ley Orgánica 4/2000, por medio de la Ley Orgánica 2/2009⁸⁸². Ésta ha sustituido el término excluyente *residentes* por el abierto y universal de *extranjeros que se hallen en España* –residencia fáctica-. Se encuentra así reconocido este derecho de forma universal sin restricción ni limitación alguna, en cuanto parte integrante del derecho fundamental de la persona a la tutela judicial efectiva.

5.3.- EL DERECHO AL INTÉRPRETE PARA LA PERSONA EXTRANJERA

Asimismo, junto a este derecho a la asistencia jurídica gratuita como pilar básico sobre el que se asienta el derecho a la tutela judicial para dotar a ésta de la correspondiente efectividad, también se ha de manifestar la imprescindibilidad de otro

⁸⁸² Un análisis del mismo, desde la perspectiva y concepción apuntada, SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., “El derecho a la asistencia jurídica gratuita”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), cit., pp. 323-328; JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., pp. 263-268.

derecho en el proceso de tutela y en el marco de la asistencia jurídica gratuita: el derecho al intérprete para el extranjero, reconocido universalmente en el artículo 22.2 de la vigente Ley Orgánica 4/2000 e introducido *ex novo* específicamente en la última reforma de ésta por medio de la Ley Orgánica 2/2009.

Este derecho, declarado por el Tribunal Constitucional como contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, rodeando de mayores garantías y efectividad a éste, consiste en que siempre y cuando la persona extranjera no comprenda o hable la lengua oficial que se esté utilizando, tendrá derecho al intérprete, que, en todo caso, será gratuita cuando carezca de recursos. Este es muy importante, ya que supone explícita e implícitamente saltar unas determinadas barreras lingüísticas diferenciadoras y la completa inteligibilidad del proceso por parte de la persona extranjera que ejerce su derecho a la asistencia jurídica gratuita y que acude al derecho a la tutela judicial efectiva. Se convierte así en garante tanto de un proceso justo, como de una buena administración de justicia⁸⁸³. Es más, en el caso de la persona extranjera trabajadora, en la efectividad de este derecho -en cuanto contenido o parte del de asistencia jurídica gratuita-, es indiferente la carencia de recursos, pues en el marco de la jurisdicción social no es necesario acreditar dicha carencia o escasez de recursos⁸⁸⁴, *ex* artículo 2 d) de la vigente Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita.

6.- EL SISTEMA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN

En el marco del modelo de Estado social de Derecho definido constitucionalmente, en aras de evitar una fractura entre la titularidad y ejercicio de los derechos sociales fundamentales, se ha definido un sistema acabado de garantías de éstos. Con carácter general, el mismo es el conjunto de medios que el ordenamiento

⁸⁸³ En este sentido, GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., p. 346.

⁸⁸⁴ En este sentido, se ha defendido que la presunción *iuris et de iure* a favor de los trabajadores establecida por el legislador, se encuentra en consonancia con la posición de debilidad que se presume al trabajador en la relación laboral, CEINOS SUÁREZ, Á., *El trabajo de los extranjeros en España*, cit., p. 478.

prevé para la protección, tutela o salvaguardia de los derechos definidos constitucionalmente para asegurar su observancia y efectividad⁸⁸⁵. Sin éste, todo el sentido, el alcance y el valor de estos derechos en el modelo estatal configurado, quedaría en mera retórica, pues podrían encontrarse sujetos a terceros intereses que bien podrían desnaturalizarlos, limitarlos o, incluso, hacer inefectivo su reconocimiento. Es por ello por lo que la titularidad y atribución de un derecho se ha de reflejar en idéntico sentido en su ejercicio y efectividad porque, como ya se apuntó en capítulos anteriores, un derecho reconocido, si no se puede ejercer, no es un derecho.

Este sistema de garantías se encuentra definido constitucionalmente en el Capítulo IV del Título I, titulado específicamente *de las garantías de las libertades y derechos fundamentales*, no debiéndose obviar el desarrollo jurídico-legal y constitucional de algunos de sus aspectos y contenidos⁸⁸⁶. Asimismo, dada su importancia y relevancia, se encuentran referencias o remisiones a este sistema en determinadas leyes particulares en las que los derechos ocupan una parte de las mismas. La finalidad perseguida es recordar el sistema constitucional de garantías que tienen los derechos establecidos, a fin de dotar a las personas a las que se le atribuyen de una mayor seguridad para que no se vean vulnerados los mismos y, en el caso en que se produzca una vulneración, se reconozca y reatribuya en su totalidad el derecho. Paradigmáticamente, es el caso de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en la que en su artículo 24, para el colectivo concreto de personas extranjeras inmigrantes, en términos implícitos de inclusión, se

⁸⁸⁵ Pese a este intento de conceptualización, se ha defendido que las propias garantías o el sistema de éstas, carecen de un significado técnico-jurídico preciso, DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., p. 79. En análoga dirección y desde idéntica premisa, tratando de delimitar técnico-conceptualmente al sistema, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “Garantías nacionales de los derechos fundamentales. Garantías generales y específicas. La promoción y amparo de la igualdad de género en el Derecho español y autonómico”, en *Género y derechos fundamentales*, AA. VV., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.), cit., pp. 826-832. Defendiendo este sistema como parte de la positivación constitucional de los derechos fundamentales y en cuanto instrumento de protección de los mismos, PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, 9^a ed., cit., pp. 57 y ss.

⁸⁸⁶ Con el modelo de garantías de los derechos constitucionalmente vigente, se cumple el planteamiento defendido doctrinalmente de que la existencia como realidad jurídica de un derecho social fundamental requiere tanto el supuesto técnico-jurídico de positividad de los derechos, como un sistema de garantías jurídicas e institucionales mediante técnicas específicas de organización jurídica, MONEREO PÉREZ, J. L., “Genealogía de las declaraciones de derechos y su significación político-jurídica”, estudio preliminar a la obra de JELLINEK, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, cit., pp. XIX y ss.; IBÍDEM, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 31 y ss.

regula la *aplicabilidad del procedimiento sumario*. Ambos son objeto de análisis a continuación.

En lo que respecta a la Constitución, de los dos artículos que conforman y componen el citado capítulo, *stricto sensu*, sólo se ocupa del sistema de garantías el artículo 53, pues el 54 alude a la figura e institución del Defensor del Pueblo en términos muy escuetos, tanto de remisión a la Ley Orgánica que lo regula –Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo- como de su función general, la defensa de los derechos comprendidos en el título I de la propia Norma Fundamental. Desde esta premisa, el precepto clave en la articulación del sistema de garantías de los derechos es el ya citado artículo 53. Éste, de una forma extensa y clara sí establece el régimen de garantías. Y lo hace de una forma progresiva y omnicomprendiva en los tres apartados que lo conforma, abarcando a la totalidad de los derechos incluidos en el Título I otorgándoles, según el caso, una tutela y garantías de diverso grado de fortaleza atendiendo a la naturaleza de los derechos que se traten. Unos derechos que, se ha de recordar, la propia Constitución garantiza a las personas como traslación al ordenamiento jurídico-positivo nacional del conjunto de derechos humanos fundamentales de la persona reconocidos a nivel internacional y universal⁸⁸⁷.

En cualquier caso, este artículo, en su primer apartado, establece una primera aproximación y marco general del régimen de garantías de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución, al fijar que los mismos vincularán al conjunto de los poderes públicos. El término clave y esencial, definidor del sentido y alcance del mismo, es el verbo vincular, ya que con el mismo se está expresando, implícitamente, de una parte, una eficacia directa de los poderes públicos para cumplir y hacer cumplir el conjunto de derechos, y, de otra parte, el deber de éstos de potenciar su efectividad⁸⁸⁸. Así, institucionalmente, en los términos apuntados, los poderes públicos se convierten

⁸⁸⁷ Se ha aludido, en este sentido, al carácter de norma constitucional de los derechos fundamentales como forma de tutela absoluta de los mismos, HÄBERLE, P. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, cit., pp. 83-86. Extrapolando al ámbito laboral esta cuestión, se ha defendido que la garantía de los derechos sociolaborales en los textos constitucionales determina que el Derecho del Trabajo sea ya una realización específica de principios constitucionales, MONEREO PÉREZ, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, cit., p. 207.

⁸⁸⁸ En este sentido, RIVERO LAMAS, J., “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 1982.

en pieza esencial del régimen de garantías de los derechos fundamentales, al tener ellos una función clave en la articulación y conformación del mismo. Es más, estos derechos, al vincularse a los poderes públicos, se imponen al legislador democrático, conformando una barrera frente a la ley⁸⁸⁹. Adicionalmente, en estrecha relación, este precepto, en clara coherencia con su función de establecer un régimen general y con el sentido derivado del mismo, obvia cualquier mención a la persona o al ciudadano. Esto origina que, de un lado, se comprendan apriorísticamente los mismos como derechos humanos fundamentales, simplificando así la interpretación del artículo; y, de otro lado, una conexión estrecha con el propio artículo 9.1 de la Constitución, al recoger el mismo la expresa promoción, por parte de los poderes públicos, de unas condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en los que se integran, sean reales y efectivas, con lo que los derechos de las personas y los valores a los que quedan entrelazados y a los que sirven, son considerados clave en el mandato y función encomendada constitucionalmente. Se manifiesta así que el objeto de los derechos y la instrumentación de su garantía jurídica son dos aspectos inescindibles de su efectividad y ejercicio en la realidad social, a fin de crear ámbitos de libertad individual y colectiva en el marco de una formal y material igualdad de las personas ante la ley⁸⁹⁰, indistintamente a su condición y nacionalidad.

Asimismo, este artículo 53.1 continúa configurando el modelo, al establecer que sólo por ley, siempre y cuando ésta respete el contenido esencial del derecho en cuestión, se puede regular el ejercicio de los derechos y las libertades. Además, añade la forma de tutela de éstos: conforme a lo previsto en el artículo 161.1 a) de la propia Constitución. Es decir, por remisión, se le encarga al Tribunal Constitucional la labor de tutela y garantía de los mismos a través del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y las disposiciones normativas con fuerza de ley. En consecuencia, de esta regulación jurídico-constitucional inicial de las garantías de los derechos, se derivan cuatro principales consecuencias o implicaciones⁸⁹¹.

⁸⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., p. 80.

⁸⁹⁰ RIVERO LAMAS, J., “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 2034.

⁸⁹¹ *Vid.*, al respecto, RIVERO LAMAS, J., “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., pp. 1982 y ss.

En primer lugar, el legislador que trate a los derechos, en ningún caso, tiene potestad y poder para violar el contenido esencial del derecho garantizado en cuestión y, por tanto, ha de mantener su auténtica y genuina naturaleza que lo hace reconocible como tal. En segundo lugar, implícitamente, se encomienda también al legislador la remoción del conjunto de obstáculos en aras de que los derechos alcancen plena eficacia a través de la regulación de su ejercicio. En tercer lugar, a modo de reserva de ley, el legislador no tendrá disponibilidad sobre el contenido esencial del derecho⁸⁹², con lo que toda injerencia estatal en su ámbito que incida en su desarrollo o limite o condicione su ejecución necesita una habilitación legal (STC 49/1999), aumentándose así la seguridad de este régimen garantista mediante, de un lado, la no injerencia estatal no autorizada y, de otro lado, la garantía de la exigencia de una seguridad jurídica. Y, en cuarto lugar, en conexión con el anterior, se establece una tutela judicial de estos derechos a través del recurso de inconstitucionalidad de las leyes que los regulan, otorgándose un papel preeminente al Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución –*ex* artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional- y, por tanto, como delimitador del contenido esencial de los derechos fundamentales (STC 37/1981)⁸⁹³. Para las personas extranjeras inmigrantes, como ya se ha analizado anteriormente, tanto la delimitación del contenido esencial como el recurso de inconstitucionalidad han sido piezas centrales en la construcción progresiva del modelo vigente de atribución de titularidad y ejercicio de los derechos sociales fundamentales de las mismas.

De un modo un tanto no justificable, si bien puede ser por olvido del constituyente, esta inicial regulación constitucional del modelo de garantías, está incompleta. En el artículo 53.1 no se recoge la tutela que presentan los derechos frente a las leyes que no los tengan en consideración o los contravengan. Sin embargo, de una interpretación sistemática de conjunto, tanto legalmente como en la Constitución –en el Título IX-, sí se puede englobar estos supuestos y la forma de tutela recogida al efecto

⁸⁹² Sobre las distintas teorías relativas al contenido esencial de los derechos fundamentales, BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., pp.97-101. Relacionando el mismo con el principio de equilibrio, HÄBERLE, P. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, cit., pp. 106-118.

⁸⁹³ Asimismo, se ha apuntado en esta dirección que, detrás del recurso de inconstitucionalidad, está el modelo de planteamiento defensor de que, debido a la vinculación entre los derechos y las garantías, no se les puede atribuir a los primeros un contenido que no consista en garantizar, GARRIDO GÓMEZ, M^a I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 166.

para garantizar los mismos. Es el caso de los artículos 5.2 y 3 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial y 163 de la Constitución: cuando un órgano judicial considere que una norma con rango de ley puede ser contraria a la Norma Fundamental, puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Queda completo así, el sentido y alcance general de las garantías de los derechos establecidos constitucionalmente.

Por su parte, el artículo 53.2 de la Constitución concreta más específicamente la tutela y garantía, en este caso, de los derechos fundamentales *stricto sensu*, tanto a los de marcado carácter social –significativamente libertad sindical y huelga- como a los que no lo tienen, pues establece unos mecanismos particularizados para los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29. En este precepto, a diferencia del anterior, hay una mención expresa a la ciudadanía, al recoger que la tutela de los derechos advertidos la puede recabar cualquier ciudadano. Aquí, la ciudadanía se ha de entender en términos inclusivos, como cualquier persona que se encuentra en territorio nacional –residencia fáctica-, indistintamente a la condición y nacionalidad que presente, pues la tutela específica de los derechos fundamentales aludidos son universales, se atribuyen a la persona despojada de toda condición de nacionalidad. Y, en el mismo sentido, se ha de entender para hacer efectivas sus garantías.

Realizada esta matización, *ad hoc*, se deriva del artículo 53.2 una protección o garantía jurisdiccional específica para los derechos fundamentales por medio de dos vías: la primera, mediante un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y, la segunda, mediante un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Indistintamente a ambas, la finalidad perseguida es, ante todo, la preservación de la eficacia de los propios derechos y, en caso de lesión, posibilitar su reposición a los titulares, en cuanto personas –sin más condición- a las que le pertenece el derecho fundamental que se trate.

Por lo que respecta a la primera, al procedimiento preferente y sumario, es esencial el fondo del verdadero significado de estos caracteres en el marco del modelo de sistema de garantías. En este sentido, ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional la que ha dotado de contenido a estos caracteres: la preferencia es considerada como prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o el despacho de los asuntos (STC 81/1992), mientras que la sumariedad es equivalente de rapidez en el desarrollo del proceso (STC 64/1992). Son estos caracteres los que

configuran como excepcional a esta vía, al ser diferente a la ordinaria y, asimismo, añaden un plus a las exigencias derivadas de los derechos fundamentales de naturaleza procesal establecidos y recogidos en el seno del derecho a la tutela judicial efectiva – artículo 24-, en cuanto manifestación expresa del constituyente de refuerzo de la tutela y garantía de los mismos. Así, en conjunto, la finalidad de esta vía es la garantía no sólo de los derechos fundamentales, sino la tutela preferente, rápida y eficaz frente a posibles lesiones que puedan sufrir los derechos fundamentales de la persona por parte de los poderes públicos o por parte de particulares.

Ahora bien, ante la falta de un desarrollo legal de las previsiones de este artículo 53.2, este procedimiento ante los tribunales ordinarios no es igual ni uniforme en todos los casos, ya que, pese a la finalidad común perseguida, son particulares los procesos en los diferentes órdenes jurisdiccionales⁸⁹⁴; además de atender a las especificidades que presentan algunos derechos. Respecto al primero, en el orden contencioso-administrativo se ha de atender a la Ley 29/1988, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cual, en sus artículos 114 a 122 *bis*, detalla, en cuanto procedimiento especial, el mismo para la protección de los derechos fundamentales de la persona. En el ámbito penal es la preconstitucional Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, la que, en su sección primera, articula el procedimiento específico para los delitos y faltas contra los derechos fundamentales de la persona remitiendo –en el aspecto procesal- al Libro IV, Título III, Capítulo III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiéndose de observar también, a la hora de su aplicación, la nueva regulación que, en aspectos sustanciales, contiene el nuevo Código Penal. En el ámbito civil, es la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, la que distingue una tutela para los derechos fundamentales cuya violación se produce en la realidad extraprocesal –artículo 249 y 477- y otra para aquellos que, por su contenido, sólo pueden ser lesionados en el seno del proceso –artículos 468 y 469-. En la jurisdicción social es la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, en sus artículos 177 a 184, la que se encarga de la tutela de los derechos fundamentales y

⁸⁹⁴ En todos ellos –Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y Social-, indistintamente a las particularidades de los procesos, en clara consonancia con este artículo 53.2 de la Constitución y las garantías de los derechos, se tramitarán los recursos con carácter preferente y/o urgente a todos los efectos, a la vez que será parte y/o tendrá conocimiento de los mismos el Ministerio Fiscal, en cuanto promotor de la acción de la justicia en defensa de los derechos de las personas –*ex* artículo 124 de la Constitución- con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.

libertades públicas –como expresamente menciona⁸⁹⁵- en su ámbito correspondiente, con la particularidad de establecer un procedimiento especial para proteger los derechos de libertad sindical, huelga o cualquier otro de este carácter –incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio⁸⁹⁶ y del acoso-, que se considere vulnerado en el marco de una relación laboral y, por tanto, de la que deba tener conocimiento la jurisdicción social⁸⁹⁷. En relación a la segunda observación, la tutela y garantía concreta de algunos derechos, paradigmáticos son, al respecto, el caso de la libertad personal a través del procedimiento de *habeas corpus* y el caso de reuniones no autorizadas, para las que se prevé una tutela especial en el artículo 11 de la Ley Orgánica 9/1983, Reguladora del Derecho de Reunión.

Por lo que respecta a la segunda vía de tutela y garantía de los derechos fundamentales establecida en el artículo 53.2, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ésta se configura como una de las competencias fundamentales de la jurisdicción constitucional, teniendo también un marcado carácter extraordinario, no sólo constitucional sino legalmente declarado –*ex* artículo 41.3 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional- y –a diferencia de la anterior- suplementario o subsidiario. Es así porque, de una parte, es más bien una acción autónoma que forma parte de la jurisdicción constitucional –por más que su denominación técnica-jurídica sea la de recurso- sustanciada ante el Tribunal Constitucional con el objetivo concreto

⁸⁹⁵ Mención expresa introducida por la Ley 13/2009, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, y mantenida en la vigente Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social. Con ella se superó la rúbrica reduccionista que refería este proceso especial a la tutela de los derechos de libertad sindical, originando una impresión falsa de que era solamente la vulneración de ese tipo de derechos los que se canalizarían judicialmente mediante este proceso, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Artículo 175”, en *El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011, pp. 796 y ss.

⁸⁹⁶ En clara y evidente conexión, de una parte, con el artículo 23.2 e) de la vigente Ley Orgánica 4/2000, referido a actos discriminatorios de los empleadores y, de otra parte, con el artículo 8.11 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en el que se establece como infracción muy grave las decisiones que tome el empleador que conlleven discriminaciones desfavorables por razón de nacionalidad.

⁸⁹⁷ Se configura así al orden social de la jurisdicción como el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo. *Vid.*, al respecto, GÓMEZ GORDILLO, R., “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores por los Tribunales del orden social”, en *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social, Libro homenaje al Profesor Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez*, AA. VV., GONZÁLEZ ORTEGA, S., GARCÍA MURCIA, J. y ELORZA GUERRERO, F. (coords.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2011, pp. 387 y ss.

de garantizar un derecho fundamental de los reconocidos constitucionalmente en los artículos 14 a 30; y, de otra parte, relevante es el carácter subsidiario que tiene, ya que primeramente se ha de acudir ante los garantes naturales de los derechos, los jueces y tribunales ordinarios, con lo que se define como garantía última de los derechos fundamentales. Todo ello sin olvidar el alcance inherente que presenta en forma de flexibilidad procesal, pues esta garantía última no puede causar lesiones a derechos de terceros ni vulnerar el principio constitucional de seguridad jurídica. Cumple así el recurso de amparo, en el modelo de sistema de garantías establecido, dos funciones definidas por la propia jurisprudencia del Alto Tribunal (STC 69/1997): una objetiva – es parte de los instrumentos con los que cuenta el Tribunal Constitucional para desarrollar su labor de intérprete supremo de la Constitución- y otra subjetiva –es para las personas la última garantía jurisdiccional interna de los derechos fundamentales-. En ésta última, en lógica interna al mismo, es de destacar el hecho de que constitucionalmente, en el artículo 162.1 b) se atribuya legitimación para interponer un recurso de amparo -junto al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal- a cualquier persona natural o jurídica, evitando así interpretaciones restrictivas fundamentadas en el concepto de ciudadanía y en el término ciudadano con el que el artículo 53.2 fija la misma, con lo que las personas extranjeras, indistintamente a su condición y nacionalidad, tienen esta posibilidad de garantía última de sus derechos fundamentales, tanto si consideran vulnerados sus propios derechos como los de terceros⁸⁹⁸.

Este artículo 53.2 encuentra reflejo mediante trasposición directa y remisión incondicionada al mismo en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en su artículo 24. La razón de fondo por la que se encuentra el mismo en este texto jurídico-legal, es resaltar al colectivo de personas extranjeras como sujetos de derechos fundamentales con su correspondiente régimen y sistema de garantías, idéntico al de cualquier otra persona que no tenga esta condición. Se concibe, así, implícitamente, a las personas extranjeras como colectivo al que prestar una especial atención ante posibles vulneraciones de derechos fundamentales. Ahora bien, como ya se apuntó anteriormente, éstas se contextualizan en el objetivo de evitar prácticas discriminatorias que, a su vez, se ubica también en el derecho a la tutela

⁸⁹⁸ Esta es una dimensión que un sector de la doctrina resalta como olvidada, pero que es igual de esencial en el marco del sistema de garantías de los derechos, DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., p. 95.

judicial efectiva⁸⁹⁹. En cualquier caso, entrelazando el propio artículo constitucional con el de la vigente Ley Orgánica 4/2000, es la jurisdicción ordinaria la encargada de garantizar los derechos fundamentales de estas personas extranjeras mediante el procedimiento sumario y preferente y, en su caso, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, con idéntico sentido y alcance al ya analizado.

Cierra este artículo 53 de la Constitución un tercer apartado, dedicado, en este caso, a la tutela y garantía –implícita- de los principios reconocidos en el capítulo III de la Constitución. Frente a una garantía fuerte y decidida de los derechos, desprendida del artículo 53.1 y 2, en este apartado, la misma se debilita notablemente, hasta el punto de que los términos empleados en éste para referirse a la misma son, *a priori*, más suaves y de alcance más limitado, ya que se alude al respeto y protección del conjunto de los derechos sociales fundamentales -materialmente en este caso, como es el caso del derecho a la Seguridad Social- recogidos constitucionalmente a modo de principios rectores de la política social y económica. Pese a ello, la importancia de éstos es esencial, porque tienen como función concretar la vertiente de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento y activar y hacer efectivos los caracteres del Estado social y democrático de Derecho, quedando así reforzada la dignidad de la persona, los derechos inviolables inherentes a ella, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás en cuanto fundamento del orden político y de la paz social –*ex* artículo 10.1 de la Constitución- y la del Estado como espacio público para la tutela de los intereses generales⁹⁰⁰.

En este sentido, por mandato constitucional, se ordena que el reconocimiento, el respeto y la protección de estos derechos tienen que informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, fijando la garantía de que en caso de que no sea así, se ha de acudir a la jurisdicción ordinaria de conformidad con lo dispuesto en las leyes concretas que los desarrollen. En consecuencia, partiendo de la

⁸⁹⁹ En esta dirección, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Á., “Artículo 24. Aplicabilidad del procedimiento sumario”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., pp. 370-371.

⁹⁰⁰ RIVERO LAMAS, J., “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), cit., p. 1982. Asimismo, DE MIGUEL BÁRCENA, J., “Los derechos sociales y sus garantías en el ordenamiento constitucional español”, *Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 9, 2011, pp. 135-136.

consideración previa de que estos principios rectores se desarrollan en normas jurídicas que implícitamente suponen la imposibilidad de legislar en términos contrarios a lo previsto en aquéllos, son estas últimas leyes las que se convierten en claves del sistema articulado de garantía para estos derechos concretos. A las mismas le corresponden hacerlos jurisdiccionalmente exigibles conforme a las disposiciones incluidas en un desarrollo legislativo que respete y actualice el propio mandato constitucional⁹⁰¹. Así, se han de conformar auténticos y genuinos derechos sociales fundamentales de configuración legal en los que el legislador no sólo detalle los términos de su ejercicio, sino que también los dote de contenido en relación a su naturaleza e, incluso, contenido esencial.

Desde esta concepción y poniendo en relación este mandato del artículo 53.3 con el sentido y el alcance del 53.1, los derechos sociales fundamentales incluidos entre los principios rectores definidos constitucionalmente, adquieren mayor fortaleza en sus garantías al poder ser invocados ante cualquier juez o tribunal a través del proceso correspondiente en función del objeto del litigio, con la excepción de que la vulneración o lesión denunciada proceda de una norma con rango de ley, en cuyo caso aparece el Tribunal Constitucional y la cuestión de inconstitucionalidad⁹⁰².

Queda configurado así, con todo el sentido y el alcance analizado, el sistema de garantías constitucionalmente establecido concisamente en el artículo 53, con las debidas remisiones o desarrollos jurídico-legales y constitucionales, siendo manifestación clara y directa de que no sólo basta una afirmación en los textos jurídicos de los mismos, sino también el compromiso y la lucha por el derecho como elemento central de la existencia y eficacia del conjunto de los derechos fundamentales⁹⁰³. Un modelo de garantías eminentemente jurisdiccional, encomendado a jueces y tribunales a

⁹⁰¹ En esta dirección, GARRIDO GÓMEZ, M^a I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 170. En este sentido, se ha apuntado que con esta interpretación se impide que porque un derecho en su totalidad no pueda exigirse, tutelarse y garantizarse ante y por un tribunal, los distintos contenidos que lo conforman y definidos legalmente sí lo puedan jurisdiccionalmente, PISARELLO, G., “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, en *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, AA.VV., PISARELLO, G. (ed.), cit., pp. 72-73.

⁹⁰² Salvando así la tutela debilitada de gran parte de los derechos sociales, DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., cit., p. 84.

⁹⁰³ Manifestación expresada en términos de *estrategia de los derechos y estrategia de los poderes*, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 45-46.

través de la función jurisdiccional atribuida a éstos de forma exclusiva en cuanto contenido y parte del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos –artículo 24.1 de la Constitución-, que hace justiciables a los derechos sociales fundamentales de las personas –más allá de si su fundamentalidad es formal o material-, tratando siempre de velar para que su auténtica y genuina naturaleza y significación imperen en la titularidad y ejercicio de los mismos por parte de todas las personas, indistintamente a su condición y nacionalidad, en el marco del Estado social de Derecho definido igualmente por la Constitución. Todo ello, sin olvidar que este sistema y modelo es completado mediante las garantías previstas en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos fundamentales suscritos por España.

CONCLUSIONES

Analizados ya los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes extranjeros desde una perspectiva técnico-jurídica y de su política jurídica, es necesario proceder a establecer un conjunto de conclusiones oportunas e ilustrativas – primero enunciadas concisamente y posteriormente desarrolladas- del global del estudio realizado.

Se trata, así, de dar mayor importancia a un conjunto de propuestas, ideas y consideraciones de todo el trabajo de investigación realizado. Obviamente, no es una relación taxativa y cerrada, sino meramente de realce de cuestiones tanto significativas como nucleares y, en suma, aclarativa en conjunto.

Los derechos sociales son derechos humanos fundamentales. Constituyen el paradigma de la comunicabilidad e interdependencia entre todos éstos últimos.

En el seno de la teoría de los derechos, la categoría jurídica de los derechos sociales no se puede considerar ni analizar de forma separada e inconexa. Se han de contextualizar, en primer lugar, como parte de los derechos humanos fundamentales de la persona, reconocidos internacionalmente de un modo universal, positivizados por los Estados en sus respectivas normas fundamentales y garantizados jurisdiccionalmente. Y, en segundo lugar, para que adquieran sentido en su conjunto, se han de conectar con las restantes categorías de derechos: civiles, políticos y de solidaridad –o de tercera generación-. Es así porque, pese a surgir progresivamente a lo largo de la historia en marcos jurídicos, sociales y políticos diferentes, en el siglo XXI, en el marco de una sociedad desarrollada, teóricamente, éstas últimas sólo tienen una autonomía relativa, ya que en la práctica la funcionalidad social que poseen en conjunto hacen que tengan de un modo expreso una estrecha interconexión generadora de unidad y sentido propio, a la vez que dificulta su comprensión aislada.

Estos derechos conforman el auténtico y genuino modelo manifiesto de comunicabilidad e interdependencia expresa entre todas las categorías apuntadas de derechos humanos fundamentales, de sus valores y de sus fines. Es significativo, al

respecto, que los derechos civiles y políticos impliquen, principalmente –no exclusivamente-, una garantía de libertad negativa, mientras que los derechos sociales, en términos de principio, conllevan una clara garantía positiva, sin obviar que adicionan determinados elementos negativos, de un lado, en forma de carácter promocional de libertades colectivas –derecho de libertad sindical o derecho de huelga-, de otro lado, en forma de concesión de prestaciones por los poderes públicos y, también, en forma de participación en la conformación de la voluntad decisoria en las instituciones públicas o privadas.

De esta manera, uniéndose y entrelazándose los bienes jurídicos de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad, con contundencia y claramente, se desprende que la titularidad y ejercicio efectivo de los derechos sociales es presupuesto previo de la atribución y efectividad de los restantes derechos. Es así porque con ellos se promueven unas condiciones de igualdad material, una desmercantilización de la persona y, en definitiva, una protección y tutela de ésta y sus necesidades básicas, lo que no les excluye, sino que les sitúa y ubica socialmente. En este sentido, resaltando su carácter igualitario, tratan de ampliar y potenciar la libertad real de las personas y de los grupos en los que se incluyen. Más particularmente en determinados colectivos vulnerables, como es el caso de las personas extranjeras inmigrantes. Así, *a priori*, no son derechos debilitados, pero sí derechos de los más débiles. *A posteriori*, derechos de la persona contextualizada socialmente, con un conjunto de atributos que le hacen poseedora de una condición necesitada de protección y de tutela en el marco de las implicaciones del Estado social de Derecho.

La fundamentalidad, formal y material, de los derechos sociales y sus garantías.

Ante los caracteres propios de los derechos sociales, así como su finalidad, significación y pretensión, los mismos se han de considerar, pensar y expresar como fundamentales de la persona. Una persona concebida universalmente y ubicada socialmente por medio de la titularidad y ejercicio de aquéllos en el seno de los Estados, en clara concordancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta fundamentalidad, en unos casos, será formal y, en otros, será material. Será la primera, cuando así expresamente los recoja la Norma Fundamental, en cuanto derecho subjetivo

con un definido contenido social. Será la segunda, cuando la propia funcionalidad, finalidad y contenidos del derecho –indistintamente a su forma de reconocimiento y desarrollo-, así lo manifieste. Más allá de una u otra, se ha de destacar su esencialidad y la centralidad de estos -ahora sí- derechos sociales fundamentales de la persona.

Desde esta concepción, en el caso español, la fundamentalidad formal proviene de la ubicación constitucional de los propios derechos –libertad sindical y huelga, paradigmáticamente-, circunstancia que les asegura unas garantías jurisdiccionales específicas y fuertes separadas de los demás, reconocidas expresamente en el artículo 53.2 de la Constitución. Mientras que, la fundamentalidad material, deriva, significativamente, de la esencialidad y funcionalidad protectora básica para la persona titular y ejercitante del mismo –derecho a los servicios sociales, a la protección frente a situaciones de dependencia o a la Seguridad Social, ilustrativamente-. Aunque constitucionalmente, de un modo aparente, tengan unas garantías menores –*ex* artículo 53.3-, es clave para las mismas el adecuado desarrollo jurídico-legal de sus contenidos mediante la generación de un conjunto de nuevos y progresivos derechos sociales de configuración legal, ubicados en el marco de una legislación social integradora puesta en práctica por una política social inclusiva e igualitaria, en un modelo de Estado social y democrático de Derecho definido constitucionalmente.

En la Unión Europea, los derechos sociales necesitan de un mayor garantismo jurídico en forma de empuje y consideración efectiva, en el objetivo del acercamiento a la concepción de la Europa social de Derecho y no a la de una Europa estrictamente económica.

Las declaraciones de derechos humanos fundamentales enmarcadas en la Unión Europea –tipo paradigmático, la Carta de los Derechos Fundamentales, en su versión consolidada del año 2007-, pese a estar bien fundamentadas axiológicamente y en concordancia con la teoría general de los derechos y con el Derecho Internacional de aquéllos, necesitan no sólo una adecuada política de reconocimiento formal atribuyéndoles valor jurídico vinculante, sino también el fomento y el impulso de la misma en el ámbito material. Es decir, su realización efectiva y su toma en

consideración en todas y cada una de las decisiones que se tomen en el seno de la Unión en el marco de la política social comunitaria.

En este sentido, los derechos sociales, en cuanto parte de los derechos humanos fundamentales, han de estar en el centro de la agenda política y social de la progresiva construcción y profundización de la Unión, debiendo ganar importancia frente al avance de la dimensión económica. O, por lo menos, no replegarse ante ella. La política social no se ha de someter a los mandatos de la política económica. Es clave, al respecto, que estos derechos sociales se deben conformar formal y materialmente como auténticos y genuinos derechos de desmercantilización de la persona. Ilustrativo sería, en el caso de las personas extranjeras inmigrantes, la consideración nuclear y primaria de sus derechos sociales fundamentales en el marco de una ciudadanía europea social e inclusiva atendiendo a la propia Carta antes aludida y sus términos, y no la consideración de éstos como mera mercancía en forma de efectivos de mano de obra que necesita en cada momento la Unión atendiendo a las necesidades y ciclos económicos en función de los que se otorgan o restringen derechos.

Desde esta concepción, los derechos sociales aspirarían a convertirse en uno de los puntos clave de acercamiento de las personas a la Unión Europea –y viceversa-, haciendo ésta más cercana y sintiendo las mismas la protección dispensada por éstos en el marco de una efectiva política social de la Unión. Se trataría de fracturar o resquebrajar, así, la eminente concepción económica de la Unión Europea. O, yendo más allá, sobreponerse a ella ubicando en el centro de interés a las personas, indistintamente a su condición y nacionalidad.

Cierto es que, esta circunstancia, en determinados momentos de su construcción así se ha producido en mayor o menor medida –o, por lo menos, se ha tratado de ofrecer esta visión-, pero no en la actualidad, en la que claramente parece predominar una Europa de las economías frente a la Europa social de Derecho y de los derechos de las personas, hasta el punto de que éstas últimas aparecen como una mercancía más de las primeras para sus fines. En el caso de las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos, en la articulación y regulación restrictiva de los mismos en las últimas fechas, es paradigmática la alusión a las migraciones circulares como beneficiaria para los Estados y las personas implicadas, por las condiciones de regularidad o legalidad administrativa que llevan consigo, ocultando o dejando de manifestar expresamente, los estrictos criterios de necesidad y de mercantilización de sus protagonistas.

Las personas extranjeras, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el de España, no son legales o ilegales: se encuentran en situación administrativa regular o irregular.

La política jurídica reguladora de la inmigración extranjera y sus derechos en la Unión Europea y en España tiene uno de sus pilares esenciales en las autorizaciones administrativas. Más concretamente, en la autorización de trabajo y el permiso de residencia, quedando ambos, en muchas ocasiones y a modo de régimen general, entrelazados e interconectados, condicionándose mutuamente. Sobre ambos documentos se sustenta todo el régimen jurídico-político regulador de la extranjería e inmigración, tanto de entrada al Estado y a la Unión, al mercado de trabajo, su permanencia en el mismo y su regreso o retorno, como, actualmente, el de algunos derechos sociales fundamentales.

En cualquier caso, estas autorizaciones de carácter administrativo vienen a calificar la situación de la persona y a definir su posición y estatus jurídico en el seno de la sociedad española y europea. En función de la posesión o carencia de las mismas se considerará su situación, respectivamente, como de regularidad o irregularidad administrativa. A ella, en muchos casos de derechos de configuración legal –como ya se ha analizado-, se sujeta el régimen de titularidad y ejercicio de los mismos, salvo los considerados constitucionalmente como derechos fundamentales *stricto sensu*. Pese a ello, no se ha de obviar que la regulación de éstos últimos en el caso español, incomprensiblemente, ha sufrido los vaivenes del legislador -influenciados claramente por el ámbito político- en forma de inclusión o exclusión de la titularidad de los derechos y su ejercicio para las personas en situación administrativa irregular.

Ahora bien, muy significativamente, en el marco de las políticas jurídicas relacionadas con las personas extranjeras en la Unión Europea, no se hace referencia a la situación advertida. Ilógica y deficientemente, se mencionan a las personas extranjeras legales o ilegales, a los extranjeros residentes legales, a sus derechos, etc., siendo uno de los principales objetivos de la misma las personas ilegales, su control y la erradicación de su entrada desde una óptica y concepción securitaria.

Con la utilización formal de estos términos, se tiende a ofrecer una visión que, en cierta medida, los criminaliza, al considerarlos en unos casos como personas que están conforme a la ley y, en otros, al margen de la misma. Las personas, en cuanto que se encuentran fácticamente en una sociedad y ésta es regida por el derecho, se someten al mismo de una forma explícita e implícita, con lo que no son una mera mercancía que esté al margen de la ley o que sea considerada ilegal.

En consecuencia, los protagonistas de esta inmigración extranjera, ni son regulares o irregulares ni son legales o ilegales. Son personas que, pese a la posible situación en la que se puedan hallar, tienen un conjunto de derechos humanos fundamentales por su propia condición despojada de todos atributos creados artificialmente por los Estados. Desde esta concepción mínima y esencial, de una parte, son personas que se encuentran en una situación de regularidad o irregularidad y, de otra parte, personas que se hallan en una situación de legalidad o ilegalidad. Por más que, coloquialmente y en la práctica, se tienda a considerar a los mismos como ya se ha advertido, fruto también de su incorrecta o no precisa definición formal.

La desnacionalización de la ciudadanía o la ciudadanía postestatal.

Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros inmigrantes, en cuanto derechos humanos fundamentales, no se tienen por qué vincular a la concepción clásica de ciudadanía de la persona nacional de un determinado Estado. Se ha comprobado su incorrección técnico-jurídica y su disfuncionalidad para y con la teoría dogmática de los derechos. La marcada tendencia excluyente que posee esta noción no ha de afectar a los derechos sociales fundamentales universalmente atribuidos. La nacionalidad se debe de replugar y reconsiderar ante éstos últimos, conformando un nuevo sentido y alcance de la ciudadanía superadora de las fronteras estatales.

En esta evolución necesaria, supone un retroceso paradigmático la ciudadanía de la Unión Europea, ya que, profundizando en la tendencia anterior, para la extensión de sus implicaciones socioprotectoras, se exige la condición de nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, supeditándose derechos sociales fundamentales a esta cuestión. Su carácter social e inclusivo queda seriamente entredicho.

En cualquier caso, desde esta consideración de progreso y evolución necesario, con un enfoque superador e imperando una lógica social e inclusiva, se ha de apostar por no utilizar el concepto de ciudadanía para la atribución de derechos. Constitucional y legalmente, se deben atribuir y reconocer los derechos sociales fundamentales con términos generales y universales, como se ha comprobado en determinados casos, en clara consonancia y concordancia con la titularidad y ejercicio de los mismos. La ciudadanía se asentaría y construiría así sobre el conjunto de derechos humanos fundamentales de carácter social de la persona, indistintamente a su residencia fáctica, en términos de inclusión e igualdad de derechos.

La solución pasa por repensar la ciudadanía desde el sentido, alcance, significado e implicaciones de la universalidad de los derechos sociales fundamentales de la persona en clara conexión con una defensa de la separación de la concepción de ciudadanía social respecto a la clásica –desnacionalizando a ésta- o, en su caso, considerar a la misma como superadora de las fronteras de los Estados –ciudadanía postestatal-. Se estaría así en concordancia con el alcance de la globalización, en cuanto realidad supresora de fronteras.

Desde estos postulados, se estaría en condiciones reales y efectivas de construir una ciudadanía asentada sobre los derechos humanos fundamentales y su universalidad, constituyendo ésta última la finalidad y el medio para un verdadero reconocimiento de la persona en el seno de la sociedad. Ahora bien, no se ha de obviar que la eficacia de este planteamiento se pondría en entredicho con la deficiente juridificación en los textos en los que se recogen, al ser relevante el carácter político-programático que tienen los mismos en los que aquéllos se reconocen a nivel internacional y a los que se sujetan los Estados. Una circunstancia necesitada de ser contrarrestada por la consideración material de que el territorio se repliegue ante el criterio de residencia fáctica para la titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales.

Mediante esta integración de los derechos en una ciudadanía postestatal, ésta se conforma como un conjunto de situaciones de carácter jurídico-subjetivo que son garantizadas al individuo por el propio sistema jurídico, otorgando así contenido al propio modelo de Estado social de Derecho. Une así a las personas, a los ciudadanos, el tenor de los propios derechos. Es decir, el derecho a tener derechos como atributo esencial, clave y fundamental del ciudadano, de la persona.

Ahora bien, para el caso de las personas extranjeras inmigrantes, la realidad es que la ciudadanía actual y planteada es claramente incompleta, ya que tanto es reducida la extensión e intensidad de los derechos como es manifiesta la existencia de desigualdades para y con este grupo y/o colectivo de personas.

En la sociedad española, la inmigración extranjera es una realidad y no un fenómeno coyuntural.

En la segunda mitad del siglo XX, España ha pasado de ser un país de emigración a un país de inmigración. Debido a su consolidación democrática y política, así como a su progreso social y económico en términos de crecimiento, ha evolucionado de un Estado emisor de personas a un Estado receptor de otras extranjeras. Respondiendo a esta circunstancia, la política jurídica reguladora de la inmigración extranjera se ha ido construyendo e institucionalizando sobre la base de los derechos. Éste, precisamente y sin descuidar la interconexión con otros, ha sido uno de los ejes sobre los que se ha venido articulando la misma. Así lo demuestra el hecho de que, en el título de las leyes reguladoras de la extranjería e inmigración, como mínimo, aparece una alusión expresa a los derechos, quedando regulados los mismos en su interior, con avances y retrocesos según el momento, en cuanto elemento nuclear y central de la misma.

Ahora bien, no es justo ni responde a la realidad, que se haga referencia y se aluda a la inmigración extranjera en términos de fenómeno, con la carga implícita de coyunturalidad que supone. Incomprensiblemente, por más que el legislador y el ámbito político no lo entienda así, sí lo refleja de dicha forma en distintos planes de acción de marcado carácter político y en la legislación. Se aleja así la regulación jurídico-legal de la práctica más acuciante, al ser la inmigración extranjera una parte conformadora de la sociedad española, una realidad estructural más. Estos planes de acción y la propia legislación, parten así, de un déficit de comprensión de la realidad actual, restando inicialmente efectividad al conjunto de medidas tomadas en la regulación del conjunto de aspectos y dimensiones concernientes a las personas extranjeras inmigrantes.

Ante esta circunstancia, esta realidad social de la inmigración extranjera, sin duda, necesita una acción político-jurídica integrada, de conjunto, por más que

Comunidades Autónomas como Andalucía o Cataluña –paradigmáticamente- hayan asumido competencias exclusivas sobre la materia en el marco de un modelo de Estado social autonómico. La misma ha de ser readaptable a las circunstancias y coyunturas de cada momento, sobre la base, en primer lugar, de que sus protagonistas son personas y no mercancías, debiendo imperar, por tanto, una lógica social; y, en segundo lugar, por más que la coyuntura económica no sea positiva, seguirán llegando personas inmigrantes extranjeras –tendencialmente, a lo mejor en menor cuantía de lo que lo han hecho hasta ahora- de un modo directo a España o, a través de la misma, hacia la Unión Europea, por ser frontera sur. Se trata así de concebir la inmigración extranjera como una realidad social al margen de los ciclos económicos.

Es necesaria una estabilidad en el bloque normativo regulador de la inmigración extranjera, consolidando así la institucionalización de una política jurídica delimitada sobre inmigración y extranjería.

La inmigración extranjera en España, en cuanto realidad social que es, por los años transcurridos ya y la experiencia adquirida en la regulación y gestión de la presencia de personas extranjeras, no puede estar sujeta a constantes vaivenes ni cambios directamente influidos por el color político y el gobierno de cada momento. Además, modificaciones de calado que afectan, en gran parte, directa o colateralmente, al conjunto de derechos humanos fundamentales de la persona extranjera. Muy al contrario, ha de sustraerse a estas oscilaciones en aras de ofrecer una seguridad jurídica a los protagonistas de la misma, su posición jurídica y sus derechos.

Se ha de considerar a la inmigración extranjera como una cuestión de Estado, por la formal conexión que presenta con la soberanía nacional. Sobre ella, se ha de generar y establecer un acuerdo jurídico-político de bases, a modo de estándar mínimo. Particularmente, en materia de derechos humanos fundamentales universales y su respeto. Éste se ha de dar a conocer de un modo efectivo a todas las personas extranjeras, en aras de una mayor seguridad jurídica suya. Sobre el mismo, se ha de construir para progresar y evolucionar en el marco del Estado social y democrático de Derecho definido constitucionalmente.

A ello no ha contribuido el que las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se hayan venido sucediendo en el tiempo –y en muy poco tiempo, sin apenas poder realizar una valoración reflexionada de su sentido y alcance durante su vigencia, como fue el caso de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 8/2000- reflejo de esta situación. Sin embargo, ello no obsta ni impide que esta inestabilidad jurídico-legal sea reflejo directo y manifestación expresa de las distintas opciones –en parte, ideológicas- de política del derecho, según concepciones más *iussociales* o *iusliberales*. Unas opciones que, en muchos casos, han sobrepasado contenidos esenciales de los derechos humanos fundamentales. Una política del derecho, por tanto, que ha sobrepasado al mismo derecho establecido.

Ahora bien, ello no impide que esta política jurídica derivada de los cambios ya acaecidos, de una forma constante, sobre la base de los términos mínimos apuntados y establecidos, se readapte a los ciclos de progreso o estancamiento social, político y económico, tanto a nivel nacional como internacional. Pero se ha de hacer desde una lógica social y protectora centrada en las personas, sus auténticos protagonistas.

Esta concepción y planteamiento, a modo de propuesta necesaria, queda seriamente entre interrogantes cuando, desde la Unión Europea, con el modelo eminentemente securitario de política jurídica reguladora de la inmigración extranjera mediante la lucha contra aquella en situación de irregularidad o ilegalidad, se contribuye fehacientemente a cambios en los modelos nacionales de los Estados miembro de la Unión Europea, tanto en la gestión y regulación de la inmigración extranjera como, muy particularmente, en relación a los derechos humanos fundamentales de estas personas. Paradigmáticamente, cuando, a nivel nacional español, se sobreentiende un mínimo consenso y estabilidad en esta última cuestión, se atisban cambios en un futuro próximo en la misma, sobre todo, con la futura trasposición de la directiva de permiso único, Directiva 2011/98/UE, no manifestándose así una efectiva coordinación entre ambos niveles en forma de avance progresivo y sí una desestabilización reguladora.

Frente a ello, tanto en la Unión Europea como en España, es necesario aportar una estabilidad en el bloque normativo regulador de la inmigración extranjera, redefiniéndolo, repensándolo y profundizando en el mismo desde uno de los parámetros nucleares del modelo de constitucionalismo democrático-social: la toma en consideración de los derechos humanos fundamentales definidos internacionalmente y

su encuadramiento en las distintas Normas Fundamentales de los Estados, dotando así a aquéllos de una subjetividad, a la vez que rodeándolos de una garantía y eficacia jurídica. Se transforman y conforman así en derechos de la persona garantizados por las instituciones jurídicas estatales.

Los avances y retrocesos en la configuración jurídico-legal de la titularidad, ejercicio y efectividad de los derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras se deben replegar y concordar al y con el modelo constitucional de reconocimiento universal de derechos fundamentales.

En el contexto de un modelo de constitucionalismo democrático-social desarrollado, la Constitución española optó, en su momento, por un reconocimiento universal y adecuado del conjunto de derechos sociales fundamentales de la persona, en clara concordancia y consonancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es más, introdujo el sentido y alcance de éste en el ordenamiento jurídico nacional, incluyendo –integrando- también a las personas extranjeras, como se deriva de la interpretación sistemática y de conjunto de los artículos 10.2 y 13.1. De ambos se desprende que la Constitución ofrece al legislador una libertad destacada para regular los derechos de los extranjeros. Ahora bien, siempre y cuando las condiciones que establezca en la misma respeten la conexión de los derechos con la garantía de la dignidad humana, el contenido mismo del derecho constitucionalmente fijado y el contenido del mismo recogido en los textos jurídico-políticos a nivel internacional ratificados por España.

Pese a ello, ha sido la configuración legal de estos derechos la que ha fallado y no ha generado un modelo contundente y uniforme de universalidad de titularidad y ejercicio de los mismos. El legislador ha interpretado en exceso el sistemático y claro mandato constitucional. Muestra de ello han sido los constantes avances y retrocesos que han experimentado en forma de inclusión y/o exclusión de su titularidad y ejercicio, presentando así claros oscuros la regulación jurídico-legal de los mismos.

Sin embargo, es cierto que, en la actualidad, con la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, se ha consolidado un modelo universal de atribución y reconocimiento, en consonancia con el propio texto

constitucional. Un modelo garantista en los mismos términos y cauces constitucionales que para el resto de derechos humanos fundamentales de las personas, indistintamente a su condición y nacionalidad. Se deriva así en una lógica social, inclusiva e integradora por medio del reconocimiento de derechos. Ahora bien, con la restricción de que ello no constituye un freno u obstáculo en la capacidad estatal para la imposición de límites a su permanencia y residencia cuando ésta no sea regular administrativamente. Se mantiene así una puerta abierta, a modo de cláusula de reserva, para un tratamiento legislativo diferenciador para con unas mismas personas –extranjeras inmigrantes- pero con diferente condición administrativa. Se mantiene así, en la sombra, un espíritu restrictivo para con la persona y sus derechos en función de su situación administrativa.

En cualquier caso, sin duda alguna, si se hubiese producido ésta antes, se hubiesen erradicado las luces y sombras que ha presentado la regulación jurídico-legal de los derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras y se hubiesen evitado muchas situaciones generadas de exclusión y desprotección social para estas personas por medio de la negación de derechos sociales fundamentales, significativamente.

Frente a ello, en la conformación progresiva de una adecuada política jurídica de reconocimiento y atribución de derechos sociales fundamentales, especial rol ha desempeñado, a lo largo de los años, el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución –*ex* artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional-. De una forma constante, ha sido esencial su labor en la construcción de la teoría dogmática de los derechos humanos fundamentales de estas personas extranjeras, paradigmáticamente a través de las Sentencias 107/1984, 115/1987, 236/2007, 259/2007, etc. Su doctrina, ha condicionado e influido en la regulación jurídico-legal de los derechos, bien de forma directa o bien mediante irradiación, hasta el punto, en algunos casos, de ser justificación de la misma y motivo de reforma, tanto en sentido progresivo como regresivo protector, en función de la opción de política del derecho imperante. E, igualmente, el Tribunal Supremo, en sus distintas salas, en determinadas cuestiones relativas a competencias sobre autorizaciones administrativas de trabajo o en materia de protección social -paradigmáticamente la protección por desempleo- o de validez del contrato de trabajo. Se ha manifestado así una influencia recíproca entre legislador e intérprete del legislador que ha conducido y contribuido a estabilizar el bloque normativo regulador de la inmigración extranjera y de los derechos de sus protagonistas.

El vigente modelo universal de titularidad y ejercicio de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros, así como su configuración legal socioprotectora, se ha de mantener y consolidar frente a las perspectivas de futuro próximas de conexión entre derechos y autorizaciones administrativas.

Por más que con la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se haya conformado un modelo progresivo de atribución de derechos para las personas extranjeras inmigrantes que, en un primer momento, parte de la universalidad de los derechos humanos fundamentales para ir condicionando, en un segundo momento, otros en función de su configuración legal por medio de las autorizaciones administrativas o, incluso, el empadronamiento, con su sentido y alcance –limitado, en algunas ocasiones-, se ha de tratar de consolidar, como mínimo, este modelo para profundizar en el mismo en una clara dirección aperturista en la atribución de derechos y de más garantías para aquellos de configuración legal. Se ahondaría así en una lógica social e inclusiva en clara concordancia con la ciudadanía postestatal.

Desde esta tendencia jurídica y su efectiva plasmación en la realidad -desde el derecho mismo y su política- se debe evolucionar para no tratar de resquebrajar esta construcción jurídico-dogmática. Sobre todo, como ya se ha apuntado, ante la Directiva 2011/98/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y a trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente.

Con la misma, en el marco de una tendencia político-jurídica de control social de las personas extranjeras con residencia legal en la Unión Europea que profundiza su sentido y alcance, se vinculan derechos humanos fundamentales de la persona trabajadora extranjera a un permiso administrativo único, sobre la base del derecho a la igualdad de trato y mediante exclusiones o limitaciones de contenidos esenciales de los mismos o, adicionándoles la exigencia de períodos de residencia. Implícitamente, se olvida la Unión Europea de las personas extranjeras residentes ilegalmente, con lo que

no los considera, no los tiene en cuenta o los invisibiliza, quedando así el supuesto derecho a la igualdad de trato vulnerado y en un segundo plano. Cuando, precisamente, este derecho es central en la misma.

La transposición de esta directiva, en el caso español, puede generar un serio retroceso en la consolidación de la teoría de los derechos humanos fundamentales de las personas extranjeras y en el modelo jurídico-legal y constitucional recogido por ella de reconocimiento, atribución y ejercicio de los mismos. Se retrocedería significativamente, tras años de evolución lenta y paulatina, a una regulación en términos similares a la establecida por la reforma experimentada en la Ley Orgánica 4/2000, por medio de la Ley Orgánica 8/2000. No se debería ni plantear la concepción de que las autorizaciones administrativas han de marcar y condicionar el estatuto jurídico de estos derechos de la persona. Y, en el caso que se plantee, necesariamente, el poder político y el legislador, debe superar esta concepción atendiendo a los postulados e implicaciones nucleares –ya manifestados- del constitucionalismo democrático-social y su vigencia.

El test de la inclusión y de la integración social efectiva, lo constituyen el ejercicio de los derechos sociales fundamentales y el desarrollo de una actividad laboral.

En el marco de una inmigración extranjera de marcado carácter económico-laboral, el desarrollo de una profesión, la realización de una actividad laboral, sea por cuenta ajena o por cuenta propia, es un instrumento nuclear para la integración social de la persona. Primero, porque mediante la misma se autorrealiza y cumple el fin con el que llegó: trabajar como fuente de ingresos y mejora de oportunidades vitales. Y, segundo, porque por medio de la realización del mismo, esta persona se incluye en un conjunto de personas trabajadoras –indistintamente a su condición y nacionalidad- tejiendo una red social que, posteriormente, se ha de abrir con carácter general y superar la esfera meramente laboral, consiguiendo así una integración en la comunidad y sociedad en la que se encuentra. Ahora bien, este planteamiento pierde efectividad y se pone en duda ante la precarización actual del trabajo, del empleo, la fuerte segmentación del mercado de trabajo nacional y la pobreza mayor y creciente de las

personas trabajadoras, siendo exponente ilustrativo de ello las propias personas extranjeras.

En cualquier caso, en esta integración, tienen un rol esencial el reconocimiento, titularidad y ejercicio de los derechos sociales fundamentales. En esta ocasión, intercambiando el orden anterior: primero, con carácter general, pues si la persona extranjera tiene y ejerce sus derechos en la sociedad en la que se encuentra, progresivamente se integra. Y, en segundo lugar, estos derechos sociales tienen que realizarse de un modo efectivo en el trabajo, en la propia actividad laboral, evolucionando así hacia un trabajo decente –en términos de la Organización Internacional del Trabajo–, en igualdad de condiciones que cualquier otra persona, sea de la nacionalidad que sea, erradicándose o dignificándose los nichos laborales o las ocupaciones que normalmente ocupa este colectivo de personas extranjeras inmigrantes. Si no es así, el trabajo como herramienta de lucha contra la exclusión social queda en entredicho.

En aras de evitar esta circunstancia, ha contribuido muy significativamente el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, al declarar la validez del contrato de trabajo celebrado con una persona en situación administrativa irregular –*ex* artículo 36.5 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España–. Sobre la base de las relaciones laborales de hecho, le ha protegido otorgándole incondicionadamente un conjunto de derechos de carácter laboral y, limitadamente, de protección social, al excluirse tajantemente la protección por desempleo para la persona extranjera trabajadora en situación administrativa irregular siguiendo, por otra parte, firmemente la doctrina unificada del Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de marzo de 2008. Pese a ello, se ha protegido a la persona extranjera desde la óptica de que no hay trabajador en situación administrativa irregular, sino empleador que contrata no teniendo en cuenta la legalidad vigente. Se ha corroborado el marcado carácter tuitivo y protector del Derecho Social del Trabajo, incluyendo en su ámbito subjetivo de acción a toda persona trabajadora, independientemente a condiciones adicionales. En este caso concreto, la nacionalidad y la condición administrativa queda en un segundo plano, supeditándose a criterios sociales, inclusivos y protectores.

Desde estos postulados y concepciones, se está en condiciones de construir un modelo de integración social efectivo –sin descartar otros contenidos que han de girar sobre estos dos apuntados, también recogidos en el artículo 2 *ter* de la vigente Ley

Orgánica 4/2000-, alejado de fórmulas contractualistas, que sea bidireccional o multidireccional y de reconocimiento e inclusión mutua de personas en cuanto tales, más allá de su nacionalidad y condición administrativa. En el mismo, desde una igualdad formal y material en derechos reconocedora de la diversidad, se han de readaptar y repensar los sistemas y estructuras sociales, económico-productivos, políticos y jurídicos.

La constante orientación de las políticas jurídicas de gestión de la inmigración extranjera en relación a las necesidades del mercado de trabajo es restrictiva y selectiva.

Al igual que actualmente, durante los años de prosperidad socioeconómica -coincidentes con un volumen de llegada importante de personas extranjeras inmigrantes- la política jurídica de inmigración y extranjería puesta en marcha se rigió bajo criterio de necesidad. El mercado de trabajo y la situación económica de constante crecimiento, generaron necesidad de mano de obra, de personas trabajadoras. Ésta necesidad, para el caso de los extranjeros inmigrantes, se concretó en términos aperturistas mediante la aprobación de grandes contingentes o gestiones colectivas de contrataciones en origen e, incluso, mediante procesos de regularización extraordinarios.

Por su parte, desde que comenzó la situación de crisis económica, nacional e internacional, y su impacto y degeneración directa, en el caso español, en una gran crisis de empleo, las necesidades del mercado de trabajo para con estas personas extranjeras se redujeron drásticamente. Más allá del endurecimiento de los requisitos necesarios para la entrada, al vincular estrictamente la llegada de estas personas extranjeras a las necesidades y situación del mercado de trabajo, de una parte, en un sentido restrictivo, se ha cerrado la posibilidad de contratar en origen a estas personas, mediante un contingente cero para el año 2012, a la vez que se fomenta el retorno de los que ya se encuentran en la sociedad española sobre la base –incomprensible- de las migraciones circulares, no existiendo una apuesta firme, clara y decidida por éstas últimas con el modelo jurídico-político actual de regulación de la inmigración extranjera; y, de otra parte, selectivamente, se han flexibilizado –en términos más favorables- las condiciones

de entrada, residencia y trabajo de determinados colectivos de personas extranjeras, como aquellos investigadores o altamente cualificados –sin importar las consecuencias de la salida de estas personas para el desarrollo de los países y sociedades de origen-, a la vez que se apuesta por cualificar y formar a las personas extranjeras inmigrantes ya presentes en España, a fin de aumentar su empleabilidad.

Con esta nueva lógica y tendencia político-jurídica imperante, se sigue mercantilizando a los verdaderos protagonistas de esta inmigración, las personas extranjeras, sobre la base de la necesidad económico-laboral. Ahora bien, la situación desesperada en la que se puedan encontrar estas personas extranjeras en sus países de origen es la que puede seguir impulsando la llegada de las mismas a España –en muchos casos, no observando los procedimientos y cauces legales previstos al efecto-. Porque, pese a todo, probablemente, su situación y expectativas de vida, pueden mejorar.

Una circunstancia, ésta última, y deseos que, se están empezando a generar ya también para el caso de personas de nacionalidad española que deciden emigrar ante la delicada situación socioeconómica española. Debido a la presencia de emigrantes y de inmigrantes, España comienza a evolucionar hacia un país de migraciones.

En los derechos sociales de libertad, no se puede coartar esta última a cualquier persona por la negación del ejercicio del primero. Se deben de reconocer y ejercer estos derechos sociales fundamentales sin condicionante alguno.

Aquellos derechos sociales fundamentales de la persona que tienen un marcado carácter de libertad, refuerzan y fortalecen su socialidad por el carácter libertario que tienen algunos de sus contenidos esenciales que los hacen reconocibles como tales. Hasta el punto de que si, jurídico-legalmente, se niega la posibilidad de ejercicio efectivo de los mismos, es la propia libertad de la persona la que se está coartando.

En el caso concreto de las personas extranjeras, en los avances y retrocesos experimentados en determinados derechos sociales fundamentales de libertad ante las sucesivas reformas experimentadas en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, como es paradigmático el derecho de libre sindicación o el derecho de huelga, no sólo se encontraba afectada la realización de un derecho, sino la propia libertad de la persona en el marco del mismo y

del modelo de universalidad constitucionalmente reconocido, afectando a sus contenidos y significación. Hasta el extremo de hacerlo irreconocible, vulnerarlo y violarlo. Su inconstitucionalidad era manifiesta, como así fue fundamentada, expresada y declarada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007, junto a las que siguen su doctrina. Se concibió, por la primera, al derecho de la libertad sindical como un derecho humano de toda persona en conexión con la propia dignidad humana y, por tanto, universal –en consonancia con su regulación constitucional e internacional–, en el que es el contenido esencial del derecho el que vincula a todos los trabajadores en su caracterización material y no jurídico-formal. Y, por la segunda, desde idénticos planteamientos técnico-jurídicos de la anterior, no se valoró admisible constitucionalmente la exigencia de la autorización de trabajo para el ejercicio de este derecho, al considerarse el mismo como un derecho fundamental de toda persona trabajadora de derecho y de hecho.

La debida corrección jurídico-legal en el marco de la construcción dogmático-jurídica de un modelo de atribución universal de los derechos sociales fundamentales a las personas extranjeras, ha implicado una irradiación de su correcto sentido y alcance hacia un conjunto de derechos que forman parte de su contenido esencial, reconociéndose y ejercitándose los mismos en idénticos términos universales, inclusivos y protectores. Se ha aumentado, explícitamente, el estatuto jurídico-social protector de las personas extranjeras. Ha mostrado así ser el Derecho del Trabajo, una vez más, su carácter tuitivo para todas las personas en su condición de trabajadoras, siendo paradigma del Derecho Social.

En los derechos sociales de prestación, la universalidad queda en un segundo plano ante la atribución de los mismos y sus contenidos socioprotectores, sujetándose a las autorizaciones administrativas.

Los derechos sociales fundamentales de prestación –por más que, en este caso, la propia fundamentalidad sea material- necesitan, por su ubicación constitucional, un desarrollo legal. Son, por tanto, derechos de configuración legal que, en cualquier caso, no han de afectar a las pretensiones, principios y contenidos constitucionalmente definidos y apuntados en el marco de los mismos. Si no es así, se desnaturalizan, más

aún en el marco del modelo del Estado social de Derecho y de la legislación y política sociales puestas en marcha y dotantes de contenido.

Pese a ello y teniéndolo en cuenta, estos derechos, jurídico-legalmente, se han desarrollado en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social –en concordancia con otras específicas-, vinculándolos a la situación de regularidad o irregularidad administrativa de la persona extranjera, bien sea la de trabajo o bien sea la de residencia. De fondo, están presentes las razones de sostenibilidad económico-financiera del sistema, sea de Seguridad Social, Asistencia Social y Servicios Sociales, Nacional de Salud o de Autonomía y Atención para la Dependencia. Más aún en tiempos de crisis económica, siendo ilógica esta circunstancia al reclamar las personas y ciudadanía una clara protección social frente a las necesidades a cubrir ante la misma, sean nacionales o extranjeros –indistintamente a su condición-.

La inclusión de los extranjeros en estos sistemas o el acceso a sus servicios y prestaciones socioprotectoras, sólo es posible para las situaciones de regularidad o, puntualmente, para aquellos que se encuentren empadronados. Se excluye, por más que sean residentes o trabajadoras *de facto*, a las personas extranjeras en situación administrativa irregular, pasando a un segundo plano su contribución explícita a la sostenibilidad del conjunto del Estado social mediante su participación vía impuestos.

Ahora bien, ello no excluye ni impide que, ante claras situaciones de necesidad básicas a cubrir, para determinados y muy concretos colectivos de personas extranjeras –indistintamente a la nacionalidad y condición-, en aras de evitar una exclusión efectiva o mayor desprotección de la persona, determinados contenidos o prestaciones concretas sí sean universales sin que ello suponga el acceso al sistema en el que adquiere contenido y razón de ser el derecho de prestación que se trate. Se manifiesta así, mediante los mismos y esta posibilidad, el manto protector del modelo de Estado social de Derecho.

Los derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras, desempeñan su función no sólo para con éstas, sino también para con el resto de derechos de idéntico carácter en cuanto colectivo particular necesitado, implícitamente, de protección.

El derecho social fundamental de tutela judicial efectiva reconocido universalmente en la Constitución española –artículo 24- encuentra reflejo y trasposición directa en la propia y vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España en idénticos términos, sentido y alcance que en la primera –artículo 20-. Se conforma así este derecho como juez y parte del conjunto de derechos fundamentales. En sí mismo tiene un carácter social, de acción procesal y de prestación, a la vez que se convierte en garante de los restantes derechos fundamentales en cuanto que la persona considere que se ha vulnerado o violado cualquiera de los mismos atribuidos o su interés legítimo. Es derecho y garantía de los restantes derechos fundamentales de las personas extranjeras. De ahí los términos de su regulación y la estabilidad que ha experimentado, en forma de ausencias de reformas de calado en el mismo y su significación.

Esta definición y concreción jurídico-legal, ha generado igualmente una extensión de los términos, sentido y alcance universal que posee hacia otro conjunto de derechos sociales que forman parte de su contenido esencial –derecho a la asistencia jurídica gratuita, paradigmáticamente-, dotándolo de sentido conjunto, encontrándose la persona extranjera con un mayor nivel de protección y tutela en el conjunto del proceso, para así garantizar una defensa efectiva.

Una garantía, además, recogida en la misma Ley Orgánica 4/2000, en sus artículos 23 y 24, en la que se establece –a modo de recordatorio garantista- la aplicación del procedimiento sumario ante la vulneración de derechos humanos fundamentales de las personas extranjeras en el marco de cualquier práctica discriminatoria. Así, entiende el legislador, *a priori*, a este colectivo de personas como de especial vulnerabilidad, recordando explícitamente que los mismos son titulares, pueden ejercitar y tienen garantizados el conjunto de derechos humanos fundamentales recogidos en la Constitución y desarrollados legalmente.

Ante la coyuntura y situación actual de crisis económica con un crecimiento y desarrollo negativo y/o estancado, es necesario un cambio de modelo de gestión de la inmigración extranjera económico-laboral. Desde los fundamentos político-jurídicos actuales, se debe evolucionar hacia una política jurídica de inmigración y extranjería

de gestión social de la presencia de personas extranjeras en la sociedad española. No, como hasta el momento, de llegada de las mismas, pero sin descartarla ni excluirla.

Si, la regulación de la entrada, permanencia y salida de las personas extranjeras inmigrantes, a lo largo de los años, se ha venido vinculando a las necesidades del mercado de trabajo nacional, ante la delicada situación de éste, no se puede seguir gestionando, en términos restrictivos ni selectivos, la política de inmigración como si continuasen llegando personas a España en el mismo volumen y cantidad que en años anteriores, ni con los mecanismos previstos. Aunque continúen llegando, por ser España país de inmigración.

La política jurídica de inmigración extranjera, se ha de reorientar desde la perspectiva de un cambio de modelo de concepción de la misma, pero sin descartar una de sus bases esenciales: el reconocimiento y atribución de derechos sociales fundamentales a las personas extranjeras desde el actual modelo jurídico-legal y constitucional en cuanto elemento nuclear favorecedor de la integración social.

Desde este postulado, no sólo se han de repensar los mecanismos de acceso desde una concepción más social para mantenerlos, sino que también se ha de poner en marcha una política jurídica de inmigración y extranjería que gestione, sobre bases sociales, el reconocimiento, la presencia y la integración de estas personas en España, tanto en sus aspectos laborales, como socioprotectores e, incluso, si es el caso, de su salida, regreso o retorno. Pero humanitariamente, no mercantilizadamente.

La lógica de lo económico y sus necesidades mercantilizadoras se ha de poner al servicio de la lógica social y humanitaria, debiendo converger y coordinarse armoniosamente y no imperar la primera. Los derechos sociales y el Estado social, desmercantilarían, así, a la inmigración extranjera económico-laboral.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Actualidad de la justicia social. Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal.*, ALIPRANTIS, N., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y SUPIOT, A. (dirs.), Bosch editor, Barcelona, 2008.

-, *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos*, RUBIO CASTRO, A., (coord.), 2ª ed., Consejería de la Presidencia, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2004.

-, *Anuario de Conferencias, Primer Semestre 2007*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008.

-, *Ciudadanía y persona en la era de la globalización*, APARISI MIRALLES, A. (Ed.), Comares, Granada, 2007.

-, *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, BERNUZ BENEÍTEZ, Mª J. y SUSÍN BETRÁN, R. (coord.), Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2003.

-, *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

-, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social. (LO 4/2000, 8/2000 y RD 864/2001)*, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

-, *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N., Comares, Granada, 2007.

-, *Comentarios a la Constitución Española*, AA. VV., CASAS BAAMONDE, Mª E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), La Ley, Madrid, 2009.

-, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ALZAGA, Ó. (dir.), Edersa, Madrid, 1996.

-, *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs.),

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008.

-, *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

-, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, SEMPERE NAVARRO, A. V., y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., (dirs.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

-, *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

-, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), Thomson civitas, Madrid, 2008.

-, *Comentarios al reglamento de extranjería*, RAMOS QUINTANA, M. I. (dir.) y ROJAS RIVERO, G. P. (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2007.

-, *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*, DE SOTO RIOJA, S. (coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

-, *Derecho, inmigración e integración*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.

-, *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, SALINAS MOLINA, F. (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

-, *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, M^a D. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

-, *Derechos Humanos de las personas migrantes y reformas normativas*, BAYLOS, A., PARIZA, L. M. y MORENO, J. A., Fundación 1º de mayo, ediciones GPS, Madrid, 2010.

-, *Derechos humanos e inmigración. Una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, NIETO GARCÍA, L. (dir.), Imprenta Comercial, Motril, 2003.

-, *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, CHUECA SANCHO, Á. (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

-, *Derechos y libertades de los extranjeros*, Tomos I y II, Gobierno de Cantabria, Cantabria, 2003.

-, *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord.), Laborum, Murcia, 2008.

-, *Diritto del lavoro e società multiculturale*, VISCOMI, A. (coord.), Editoriale Scientifica, Nápoles, 2011.

-, *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (coords.), Laborum, Murcia, 2008.

-, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, GARCÍA HERRERA, M. A. (ed.), Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997.

-, *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, MONEREO PÉREZ, J. L. y SÁNCHEZ MONTOYA, J. E. (dir.), MORENO VIDA, M^a N. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), Comares, Granada, 2010.

-, *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E. (coords.), Tecnos, Madrid, 2011.

-, *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2008.

-, *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), MARTÍN JIMÉNEZ, R. (coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

-, *El novísimo reglamento de extranjería*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2011.

-, *El nuevo derecho de extranjería*, RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.), Comares, Granada, 2001.

-, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), Comares, Granada, 2012.

-, *El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011.

-, *El umbral de ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

-, *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dir. y coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

-, *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, JIMENA QUESADA, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

-, *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma Andaluza*, AA. VV., CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J. (coord.), Tecnos, Madrid, 1993.

-, *Estudios sobre extranjería*, SERRANO GARCÍA, J. M^a y MENDOZA NAVAS, N. (coords.), Bomarzo, Albacete, 2005.

-, *Estudios sobre género y extranjería*, RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (ed.), PAZ MARTÍN, J. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

-, *Fundamentos de servicios sociales*, ALEMÁN BRACHO, C. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-, *Garantía Internacional de los Derechos Sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990.

-, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, AA. VV., CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), Trotta, Madrid, 2005.

- , *Género y derechos fundamentales*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2010.
- , *Gestión de la diversidad y políticas migratorias. Modelos de integración sociolaboral en España*, MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (coords.), Laborum, Murcia, 2009.
- , *Globalizzazione, giustizia, solidarietà*, QUARTA, C. (a cura di), Dedalo, Bari, 2004.
- , *II Foro Andaluz de los Derechos Sociales. Pobreza y exclusión*, TEROL BECERRA, M. J. (dir.), Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- , *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, Madrid, 2011.
- , *Il futuro del lavoro in Europa. Occupazione, diritti civili, diritti sociali*, COLONNA, M. y PUGLIESE, E. a cura di, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2007.
- , *Inmigración, mujeres y menores*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2010.
- , *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*, MARCOS DEL CANO, A. M^a (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- , *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011.
- , *Inmigración y derecho*, IGLESIAS CANLE, I. C. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- , *Inmigración y derechos de ciudadanía*, PINYOL, G. (coord.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.
- , *Inmigración y derechos de los extranjeros*, FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S. (dir.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.

-, *Inmigración y derechos humanos*, AA. VV., FERNÁNDEZ SOLA, N. y CALVO GARCÍA, M. (coord.), Mira, Huesca, 2001.

-, *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, ROJO TORRECILLA, E. (Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2006.

-, *Inmigración y políticas sociales*, AA. VV., CACHÓN, L. y LAPARRA, M. (eds.), Bellaterra, Barcelona, 2009.

-, *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía. Balance y perspectivas de futuro*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Litalia, Jaén, 2009.

-, *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, CAMAS RODA, F. (coord.), Bosch, Barcelona, 2009.

-, *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, HEPPLER, B., (comp.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

-, *La globalización de los derechos humanos*, GIBNEY, M. J. (ed.), Crítica, Barcelona, 2003.

-, *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA. VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), Dykinson, Madrid, 2009.

-, *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), Litalia, Jaén, 2009.

-, *La inmigración en tiempos de crisis*, AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J. (eds.), Bellaterra, Barcelona, 2009.

-, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

-, *La política de pensiones en el Estado social en transformación: aspectos críticos*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), Comares, Granada, 2010.

-, “La presidencia española de la Unión Europea en materia de inmigración: la declaración de Zaragoza, el Plan de Acción de MENAS y la Evaluación del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo (primer semestre de 2010)”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010.

-, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, AA. VV., CORCUERA ATIENZA, J. (coord.), Dykinson, Madrid, 2002.

-, *La protección social de los extranjeros en España*, GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-, *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, RUIZ-RICO RUIZ, G. (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

-, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (coords.), Comares, Granada, 2008.

-, *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, AÑÓN, M. J. (Ed.), Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

-, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, AJA, E., MONTILLA, J. A. y ROIG, E. (coords.), Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

-, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, VASAK, K. (ed.), Ediciones Serbal, Barcelona, 1984.

-, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española*, CASAS BAAMONDE, M^a E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (coords.), La Ley, Madrid, 2006.

-, *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci Editore, Bari, 2007.

-, *Lecciones de Derechos Sociales*, AÑÓN ROIG, M. J. y GARCÍA AÑÓN, J. (coord.), 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

-, *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.), CASTRO ARGÜELLES, M. A. (coord.), La Ley, Madrid, 2009.

-, *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), THIBAUT ARANDA, J. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

-, *Los deportistas profesionales: estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M. (dirs.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y GARCÍA SILVERO, E. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

-, *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), Comares, Granada, 2011.

-, *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

-, *Los derechos de los inmigrantes en España*, AJA, E. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

-, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, PISARELLO, G. (ed.), Bomarzo, Albacete, 2009.

-, *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M^a I. (eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2010.

-, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO, A. y PISARELLO, G. (eds.), Trotta, Madrid, 2007.

-, *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, Vol. II., Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

-, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

-, *Los trabajadores y la constitución*, Selsa, Madrid, 1980.

-, *Manual de Derechos Humanos*, MEJÍAS QUIRÓS, J. J. (coord.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

-, *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, RAMOS QUINTANA, M. I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

- , *Ordinamento Giuridico, sovranità, diritti*, DICIOTTI, E., y VELLUZZI, V. (coord.), Giappichelli editore, Torino, 2003.
- , *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Volumen I, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.
- , *Pluralismo cultural y democracia*, APARISI MIRALLES, A. y DÍAZ DE TERÁN, M^a C. (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.
- , *Políticas sociales y Estado de bienestar en España: las migraciones. Informe 2002*, CLAVIJO, C. y AGUIRRE, M. (ed.), Fundación Hogar del Empleado, Madrid, 2002.
- , *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social, Libro homenaje al Profesor Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez*, GONZÁLEZ ORTEGA, S., GARCÍA MURCIA, J. y ELORZA GUERRERO, F. (coords.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2011.
- , *Problemas de legitimación en el Estado Social*, OLIVAS, E. (dir.), Trotta, Madrid, 1991.
- , *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.
- , *¿Qué fue de la Constitución Europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, MÉNDEZ DE VIGO, I. (dir.), Planeta, Madrid, 2007.
- , *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, RUIZ DE HUIDOBRO, J. M^a (ed.), Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006.
- , *Relaciones laborales y nuevo modelo productivo*, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011.
- , *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- , *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*, REQUEJO IBÁÑEZ, J. L. y ORTEGA MARTÍN, E. (dirs.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

-, *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, TORRES, M., SEUBA, X., APARICIO, M. PISARELLO, G. y VALIÑO, V. (coord.), Icaria, Barcelona, 2006.

-, *Teorías económicas sobre el mercado de trabajo. I. Marxistas y keynesianos*, NEFFA, J. C. (dir.), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006.

-, *Trabajo, Derechos Sociales y Globalización. Algunos retos para el Siglo XXI*, ANTÓN, A. (coord.), Talasa, Madrid, 2000.

-, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, BENEYTO PÉREZ, J. M^a (dir.), Tomo II, Derechos Fundamentales, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

-, *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), 3^a ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

-, *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomos I y II, PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), 4^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

-, *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Volumen I, MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J. (dir. y coord.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

-, *Tratamiento jurídico de la inmigración*, CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (coords), Bomarzo, Albacete, 2008.

-, *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), Dykinson, Madrid, 2006.

-, *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, TRINIDAD GARCÍA, M. L. y MARTÍN MARTÍN, J., Lex Nova, Valladolid, 2005.

ABENDROTH, W, FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de Luigi FERRAJOLI, Trotta, Madrid, 2002.

ABRIL LARRAÍNZA, P. y LANZADERA ARENCIBIA, E., “El anticipo de la prestación por desempleo a los inmigrantes: la compra de un retorno”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 310, 2009.

AGUADO I CUDOLÀ, V., “Ciudadanía, libre circulación de personas y derechos sociales”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, núm. 267, 2007.

AGUDO ZAMORA, M. A., *Estado Social y Felicidad. La exigibilidad de los Derechos Sociales en el constitucionalismo actual*, Ediciones Laberinto, Madrid, 2006.

AGUELO NAVARRO, P., “La reforma de la ley de extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, 2004.

-, “Derechos humanos y legislaciones de extranjería”, en *Inmigración y derechos humanos*, AA. VV., FERNÁNDEZ SOLA, N. y CALVO GARCÍA, M. (coord.), Mira, Huesca, 2001.

AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, Á., “La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los Derechos Humanos. (Ley Orgánica 2/2009, de 11 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)”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 22, 2009.

-, “El nuevo reglamento de la ley de extranjería”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 26, 2011.

AJA FERNÁNDEZ, E., “Introducción: el marco general de los derechos de los inmigrantes”, en *Los derechos de los inmigrantes en España*, AA. VV., AJA, E. (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

-, “La integración social de los inmigrantes”, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA. VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ALARCÓN CARACUEL, M. R., “El derecho a inmigrar”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, AA. VV., CASAS BAAMONDE, M^a E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (coords), La Ley, Madrid, 2006.

ALCALÁ GALIANO, A., Máximas y principios de la legislación universal, con estudio preliminar “Antonio Alcalá Galiano y los dilemas del liberalismo originario en la España del siglo XIX” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2006.

ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M^a, “Los servicios sociales: sistema público de protección social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151, 2011.

-, “Los sistemas de servicios sociales en las Leyes autonómicas de servicios sociales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 152, 2011.

ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J. M. y GARCÍA SERRANO, M., *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

-, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, AA. VV., GARCÍA MANRIQUE, R. (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

ALFONSO MELLADO, C. L., “La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar”, *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.

ALFONSO MELLADO y FABREGAT MONFORT, G., “La situación jurídico-laboral de los extranjeros según la legislación española”, en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, DE LUCAS, J. y SOLANES, Á. (eds.), Dykinson, Madrid, 2009.

-, “La situación jurídica laboral de los extranjeros según la legislación española”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 2006.

ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía*, Trotta, Madrid, 1999.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á., “Inmigrante víctima de violencia de género”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, 2002.

-, *Extranjería y trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2011.

ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias y jurisprudencia*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.

ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, Madrid, 2001.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, 16ª ed., Civitas, Madrid, 1998.

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares, Granada, 2011.

AMBROSINI, M., *Un' altra globalizzazione. La sfida delle migrazioni transnazionali*, Il mulino, Bolonia, 2007.

AÑÓN, M. J., “Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002.

AÑÓN, Mª J. y MIRAVET, P., “La Unión Europea y la integración social y política de los inmigrantes”, *Revista Sistema*, núm. 207, 2008.

APARICIO PÉREZ, M. A., “Derechos fundamentales vs. Constitución europea”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, núm. 267, abril 2007.

APARICIO TOVAR, J., “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

-, “La Seguridad Social como conquista democrática”, *Revista de Derecho Social de Latinoamérica*, núm. 2, 2007.

AWAD, I., *The global economic crisis and migrant workers: impact and response*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009.

-, “Migraciones laborales internacionales en tiempos de crisis económica: 2008-2009”, en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AA. VV., RAMOS QUINTANA, M. I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

-, “La gobernanza global de las migraciones internacionales”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dir.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011.

AZÓN VILAS, F. V., “Sobre la progresiva tendencia a la protección social de los inmigrantes irregulares: la STS (sala 4^a) de 29 de septiembre de 2003”, *Revista de Derecho Social*, núm. 24, 2003.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

-, “La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 4, núm. 8, julio-diciembre 2007.

-, “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 5, núm. 10, 2008.

BALLESTER PASTOR, M^a I., *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BALLESTER PASTOR, M. A. y BLASCO PELLICER, A., “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional”, *Revista Justicia Laboral*, núm. 2, 2000.

BARCELONA, P., “Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social”, en *Problemas de legitimación en el Estado Social*, AA. VV., OLIVAS, E. (dir.), Trotta, Madrid, 1991.

BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “La contribución de las Comunidades Autónomas al reconocimiento y regulación de los derechos sociales”, *Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 9, 2011.

BARCELÓN COBEDO, S., “El derecho a la Seguridad Social como derecho social. El reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 139, 2008.

BARRIOS BAUDOR, G. L. y CHARRO BAENA, P., “El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas”, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, AA. VV., Tomo II, Gobierno de Cantabria, Cantabria, 2003.

BAVIERA PUIG, I., *La protección de la dependencia: un estudio global: claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2007.

BAYARRI I CATALÁN, V. y FILLAT DELGADO, Y., *Derechos y Servicios Sociales. Por un Sistema de Servicios Sociales universal, garantista y de calidad: un derecho básico para la igualdad y el desarrollo humano*, Cinca, Madrid, 2011.

BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1988.

-, *Sindicalismo y derecho sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004.

-, “Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español”. *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006.

-, “El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, AA. VV., CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (coords.), Laborum, Murcia, 2008.

-, *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009.

-, “El derecho internacional de los migrantes”, en *Derechos Humanos de las personas migrantes y reformas normativas*, BAYLOS, A., PARIZA, L. M. y MORENO, J. A., (coords.), Fundación 1º de mayo, ediciones GPS, Madrid, 2010.

BAYLOS GRAU, A. y ROMERO RÓDENAS, M^a J., “Centralización y descentralización en el modelo español de federalismo social”, en *La Seguridad Social*

a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (coords.), Comares, Granada, 2008.

BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.

-, *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona, 2005.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en inmigración: un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 5, núm. 10, 2008.

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

BÖHING, W. R., *El empleo de los trabajadores extranjeros. Manual sobre las políticas y procedimientos de especial interés para los países de ingresos medianos y bajos*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

BORRAJO DACRUZ, E., “Comentario al artículo 43 de la Constitución Española”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, AA. VV., ALZAGA, Ó. (dir.), Edersa, Madrid, 1996.

-, *Introducción al derecho del trabajo*, 11^a ed., Tecnos, Madrid, 2001.

CABEZA PEREIRO, J., “El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: primeras notas”, *Revista Actualidad Laboral*, núm. 21, 2008.

-, “Protección social de las personas extranjeras en España”, en *Tratamiento jurídico de la inmigración*, AA. VV. CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2008.

-, “El rol coordinativo de las diferentes administraciones públicas: la conferencia sectorial de inmigración”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L., *La <<España inmigrante>>: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*, Anthhropos, Barcelona, 2009.

CALVO GONZÁLEZ, J., “La cuestión social desde la filosofía del derecho”, prólogo a la obra de MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.

CALVO ORTEGA, R., *Estado social y participación asociativa*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2009.

CANESSA MONTEJO, M. F., *La protección internacional de los Derechos Humanos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

CARDONA TORRES, J., *Régimen jurídico-laboral de los extranjeros en España*, Bosch, Barcelona, 1985.

CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, con estudio preliminar “La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2002.

CARRILLO, M., “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 36, 1999.

CARRILLO SALCEDO, J. A., “Protección de Derechos Humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos y Sociales”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 2, 1991.

CASAS BAAMONDE, M^a E., “El Tribunal Constitucional ante la extranjería”, en *Derecho, Inmigración e Integración*, AA. VV., Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.

CASSESE, A., *I diritti umani oggi*, Editori Laterza, Bari, 2007.

CASTEL, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, Barcelona, 1997.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “Artículo 57. Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados”, en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2008.

-, “El Derecho Social ante la crisis”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 19, 2009.

-, “Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

-, “Estudio preliminar. Veinticinco años de Legislación sobre Extranjería e Inmigración en España”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su Nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., “La gestión colectiva de contrataciones en origen. La protección y defensa de la inmigración necesaria: sentido y alcance de una inmigración económico-laboral ordenada”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

CAZZETA, G., *Estado, juristas y trabajo. Itinerarios del Derecho del Trabajo en el Siglo XX*, Marcial Pons, Barcelona, 2010.

CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006.

-, “Los derechos y libertades de los extranjeros en la LO 8/200: comentario a las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre”, *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 20, marzo 2008.

-, “Implicaciones socioprotectoras del derecho social a la reagrupación familiar del extranjero”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

-, “El Servicio Público de Empleo Estatal y el acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: ¿algún espacio para los servicios públicos de empleo de las

Comunidades Autónomas?, en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, AA. VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, Navarra, 2000.

-, “Exclusión social”, en *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dirs.), AGUILERA IZQUIERDO, R. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

-, “Política de empleo y extranjería”, *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo II, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), 4ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

-, “La doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre los derechos laborales y de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 347, 2012.

CHARRO BAENA, P. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Artículo 36. Autorización de residencia y trabajo”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

-, “Artículo 36. Autorización de residencia y trabajo”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

CHICO ZAMANILLO, D., “El Pacto Europeo de Inmigración y Asilo: método de seguimiento y primer debate anual en Presidencia Española”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extraordinario, 2010.

CHUECA SANCHO, A. y AGUELO NAVARRO, P., “Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español)”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 21, 2009.

COLOMBO SVEVO, M., *Le politiche sociali dell' Unione Europea*, FrancoAngeli, Milán, 2005.

CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.

CORREAS, O., “Los derechos humanos y el Estado moderno. (¿Qué hace moderno al derecho moderno?), *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003.

CORTI, P., *Storia delle migrazione internazionali*, 2ª ed., Laterza, Bari, 2003.

CORTINA, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 1999.

COSTA, P. *Cittadinanza*, Laterza, Bari, 2005.

CUEVA PUENTE, Mª C., “Aspectos jurídicos de la prestación de servicios sociales a la población inmigrante por parte de los ayuntamientos”, *Revista Documentación Laboral*, núm. 86, 2009.

DABIN, J., *El derecho subjetivo*, Comares, Granada, 2006.

DAVIDSON, A., “Ciudadanía y migración: ¿Derechos para aquéllos sin pertenencia?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003.

DE ALBA BASTARRECHEA, E., “Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre”, *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 21-22, 2008.

DE ASÍS, R., “La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

- , “Derechos Humanos, inmigración y solidaridad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 2003.

- , “Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV. CAMPOY CERVERA, I. (Ed.), Dykinson, Madrid, 2006.

DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.

DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de León, 1993.

DE LA CASA QUESADA, S., *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.

DE LA VILLA DE LA SERNA, S., “El Consejo Europeo de Bruselas. Enfoque Global de la Migración”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006.

-, “Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, y sus normas complementarias”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18, 2008.

DE LA VILLA GIL, L. E., “Relaciones laborales de hecho”, *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 47, 1961.

-, “Los derechos humanos y los derechos laborales fundamentales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 17, 1999.

-, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001.

-, “La protección social de los extranjeros, especialmente en el sistema de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 10, 2006.

-, “Asistencia social”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R., (dir. y coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

DE LORA, P. y ZÚÑIGA FAJURI, A., *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Iustel, Madrid, 2009.

DE LUCAS, J., “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 32, 1998.

-, “El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000.

-, “Política de inmigración: 30 propuestas”. *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 121, 2002.

-, “Políticas de inmigración, derechos, ciudadanía”, en *Derechos Humanos e Inmigración. Una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, AA. VV., NIETO GARCÍA, L. (dir.), Imprenta Comercial, Motril, 2003.

-, “Perplejidades ante la Constitución Europea”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 50, junio 2004.

-, “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), Dykinson, Madrid, 2006.

-, “El derecho ante el reto de la integración: los instrumentos jurídicos de respuesta a la presencia estable de inmigrantes”, en *Derecho, inmigración e integración*, AA. VV., Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.

-, “La inmigración y la lógica de Estado de Sitio. (A propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)”, en *La igualdad en derechos: claves de la integración*, AA. VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), Dykinson, Madrid, 2009.

-, “La presencia (más) invisible. Las mujeres inmigrantes”, en *Estudios sobre género y extranjería*, AA. VV., RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (ed.), PAZ MARTÍN, J. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

DELLA ROCCA, G., y FORTUNATO, V., *Lavoro e organizzazione. Dalla fabbrica alla società postmoderna*, Editori Laterza, Bari, 2006.

DE MIGUEL BÁRCENA, J., “Los derechos sociales y sus garantías en el ordenamiento constitucional español”, *Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 9, 2011.

DE RUGGIERO, G., *Historia del liberalismo europeo*, traducción de C. G. POSADA, Comares, Granada, 2005.

DELGADO GODOY, L., “La política de inmigración en España, 1985-2010”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), 4ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

DESDENTADO BONETE, A., “El desempleo del extranjero <<sin papeles>>”, *Diario La Ley*, núm. 36889, 2008.

DÍAZ AZNARTE, M^a T., “El trabajador extranjero en situación administrativa irregular”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a edición, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

-, *La naturaleza de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

DOUGLAS, S. MASSEY, ARANGO, J., HUGO, G., KOUAOUICI, A., PELLEGRINO, A. y EDWARD TAYLOR, J., “Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008.

DURÁN BERNARDINO, M., “Protección jurídico-social de los extranjeros dependientes”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011.

DURÁN Y LALAGUNA, P., *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los Derechos Sociales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y estudio preliminar sobre *la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social* por VIDA SORIA, J., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

DURÉNDEZ SÁEZ, I., “Aproximación al régimen jurídico de los extranjeros en España”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 120, 2003.

ELU TERÁN, A., “Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas”, *Revista CAUCES*, núm. 015, 2011.

ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *El sistema de fuentes del derecho: de la Constitución Española al nuevo Derecho de la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

ESPADA RAMOS, M^a L., “Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 2001.

ESPING-ANDERSEN, G., *Fundamentos sociales de las economías posindustriales*, Ariel, Barcelona, 2000.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Políticas comunitarias sobre inmigración”, en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, AA. VV., MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), Litteralia, Jaén, 2009.

ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 251, 2004.

EWALD, F., “Le droit du travail: une légalité sans droit?”, *Revista Droit Social*, núm. 11, 1985.

FACCHI, A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Bari, 2004.

- , *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bolonia, 2007.

FARIÑAS DULCE, M^a J., “Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1999.

FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Valencia, 2003.

FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- , “La autorización para el trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 12, 2006.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *La configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001.

- , “El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante”, en *Inmigración, mujeres y menores*, AA. VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2010.

-, “Las autorizaciones de los penados extranjeros cumpliendo condena”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), Comares, Granada, 2010.

-, “Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La nueva vinculación con el alta del trabajador en la Seguridad Social para la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

-, “La protección de seguridad social del trabajador inmigrante extracomunitario (puntos críticos de la reforma), en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011.

FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “Los extranjeros profesionales altamente cualificados”, *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, Murcia, 2007.

-, “Más doctrina judicial sobre los derechos de los extranjeros irregulares ante el nivel contributivo de la Seguridad Social. Comentario a la SSTSJ de Cataluña 15-11-2006 y del País Vasco 13-2-2007”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 11, 2007.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., SERRANO VILLAMANTA, J. y CARDENAL CARRO, M., “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), 4^a ed., Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La protección social de los extranjeros en España”, *Revista Aranzadi Social*, Tomo V, 2001.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Derecho Comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2008.

FERRAJOLI, L., “El derecho como sistema de garantías”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1992.

-, “Garantías”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000.

-, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000.

-, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2006.

-, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.

-, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

FERRARA, F., *Teoría de las Personas Jurídicas*, con estudio preliminar “¿Una persona inerte? De la teoría al problema de la interpretación de las personas jurídicas” de MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., Comares, Granada, 2006.

FERRERA, M., *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Il mulino, Bolonia, 1993.

-, *Le trappole del welfare*, Il Mulino, Bolonia, 1998.

FERRERO TURRIÓN, R. y LÓPEZ SALA, A., “Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España: el caso de los acuerdos bilaterales de trabajadores con países de origen”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 80, 2009.

FLORES MARTÍNEZ, A., “Nuevo criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de derechos humanos en la Constitución española”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2011.

FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

GAGO GUERRERO, P. F., “Presupuestos para una posible puesta en práctica universal de los Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 111, 2001.

-, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

GALIANA MORENO, J. M^a, “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88, 1998.

GALLART FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, con estudio preliminar “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2000.

GARCÍA AÑÓN, J.: “Derechos de los extranjeros y discriminación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2002.

GARCÍA ARCE, M^a C., *La dimensión territorial de la política de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

GARCÍA CASTAÑO, F. J. y OLMOS ALCARAZ, A., “La promoción de la plena integración de los extranjeros por parte de las Administraciones Públicas: ¿una protección legal para la construcción de una sociedad multicultural?”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4^a ed., Thomson Civitas, Navarra, 2006.

GARCÍA JUAN, L., “El traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de extranjería. Especial referencia al caso catalán”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009.

GARCÍA MACHO, R., *Las aporías de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a una Vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

GARCÍA MANRIQUE, R., “Los derechos de ciudadanía en la Carta Europea de Derechos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 2003.

GARCÍA MORALES, A. F., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2003.

GARCÍA MURCIA, J., “La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.

-, “Derechos laborales y de protección social en la ley de extranjería”, *Revista Tribuna Social*, núm. 133, 2002.

GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M^a A., “La distribución de competencias en materia de inmigración”, *Revista Temas Laborales*, Vol. I, núm. 100, 2009.

-, “El camino hacia una política migratoria integral. La asunción de los principios del Pacto Europeo para la Inmigración y el Asilo: su delimitación”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

GARCÍA NINET, J. I., “Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los <<sin papeles>>”, *Revista Tribuna Social*, núm. 205, enero 2008.

-, “¿Incentivos reales al retorno de emigrantes extracomunitarios? Breves consideraciones al hilo del Real Decreto-Ley 4/2008”, *Revista Tribuna Social*, núm. 214, 2008.

-, “Derecho de reunión”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1996.

GARCÍA SCHWARZ, R., *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

GARCÍA VALVERDE, M. D., “La contratación ilegal de extranjeros”, *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

GARCÍA VIÑA, J., “La política social europea desde el Tratado de Roma hasta el Tratado de la Unión. El inicio de la segunda fase de la unión económica y monetaria”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, octubre-diciembre 1993.

GARGARELLA, R., “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 31, 1998.

GAROFALO, L., “Le migrazioni di ordine económico nel diritto internazionale e comunitario”, en *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, AA. VV., Cacucci Editore, Milano, 2007.

GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007.

GEORGE, H., *Progreso y miseria*, con estudio preliminar “Economía política de la desigualdad: progreso y miseria en Henry George” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2008.

GIALDINO, R. E., “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional”, *Revista Investigaciones*, núm. 2, 1999.

GIL IBÁÑEZ, J. L., “La ciudadanía europea: un nuevo enfoque para la libre circulación de personas”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, año 34, núm. 2, febrero 2008.

GIL y GIL, J. L. y USHAKOVA, T., “Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2002.

GINER DE LOS RÍOS, F., *La persona social: estudios y fragmentos*, con estudio preliminar “El organicismo social de Giner de los Ríos”, de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2008.

GOIG MARTÍNEZ, J. M., *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas Internacional, Madrid, 2008.

GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS, J., *Los hombres frente al derecho*, Comares, Granada, 2010.

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M^a J., *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011.

GÓMEZ MOVELLÁN, A., “Unión Europea, inmigración y el nuevo Reglamento de <<extranjería>> española: un comentario crítico”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 26, 1996.

GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.

GRANADOS ROMERA, M^a I., “Trabajadores extranjeros, servicios y asistencia sociales”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

GRAU PINEDA, C., “De las facilidades al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en España ¿medidas anticrisis o gestión de flujos migratorios?”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 28, 2011.

GUILLEM MESADO, J. M., *Los movimientos sociales (en las sociedades campesinas e industriales)*, UNED Alzira, Valencia, 2003.

GURVITCH, G., *La Déclaration des droits sociaux*, Librairie Philosophique J. Vrin, París, 1946.

-, *La idea del Derecho Social*, con estudio preliminar “La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch”, de MONEREO PÉREZ, J. L. y MÁRQUEZ PRIETO, A., Comares, Granada, 2005.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Constitución Española, derechos de los extranjeros”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 41, 2001.

HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Comares, Granada, 2003.

HARTMANN, J., *Esquema de la historia, desde la prehistoria hasta el siglo XX*, Mirasol, Argentina, 1964.

HECK, P., *El problema de la creación del Derecho*, Comares, Granada, 1999.

HELLER, H., *Escritos políticos*, Alianza editorial, Madrid, 1985.

-, *Teoría del Estado*, con estudio preliminar “La teoría político-jurídica de Herman Heller” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2004.

HELZEL, P. B., *Il diritto ad avere diritti. Per una teoria normativa della cittadinanza*, Cedam, Padova, 2005.

HERRERO NIETO, B., “Las actitudes de las Trade Unions ante los nuevos métodos de racionalización del trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 12, 1951.

HIERRO, L. L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, AA. VV., GARCÍA MANRIQUE, R. (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

HIERRO HIERRO, F. J., “La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2003.

HOBHOUSE, L. T., *Liberalismo*, con estudio preliminar "Los fundamentos del liberalismo social y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse" de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2007.

IBÁÑEZ, H., *De la integración a la exclusión. Los avatares del trabajo productivo a finales del siglo XX*, Sal Terrae, Santander, 2002.

IZQUIERDO COLLADO, J. D. y TORRES KUMBRIÁN, R. D., “Cohesión euroamericana. Supranacionalidad de los derechos sociales”, *Revista Justicia Laboral*, núm.48, 2011.

JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, con estudio preliminar originario de POSADA, A. y estudio introductorio “Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación política-jurídica” de MONEREO PÉREZ, J. L. Comares, Granada, 2009.

JIMENA QUESADA, L., *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997.

JOUVENEL, B., *La soberanía*, Comares, Granada, 2000.

JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949.

-, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1995.

-, *Teoría General del Estado*, con estudio preliminar “Los fundamentos del Estado Democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2002.

JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

KAHALE CARRILLO, D. T., “Notas a la libertad sindical y el derecho de huelga de los extranjeros en España”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 243, 2003.

KIRCHHEIMER, O., *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, con estudio preliminar “Estado y democracia en Otto Kirchheimer” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2001.

KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 2000.

LACALLE, D., *Trabajadores precarios. Trabajadores sin derechos*, El Viejo Topo, Madrid, 2009.

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1980.

LOPERA MESA, G. P., “Diversidad cultural y derechos sociales”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 59, julio 2007.

LÓPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

LÓPEZ CUMBRE, L., “La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros”, *Revista Tribuna Social*, núm. 187, 2006.

LÓPEZ GÓMEZ, J. M., “Análisis jurídico-laboral del Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 22, 2011.

LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J., “Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares”, *Revista Aranzadi Social*, nº 7-8, 2004.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., “Derecho de asociación”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L.,

MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

LUJÁN ALCARAZ, J., “La reforma de la Ley de Extranjería”, *Revista Aranzadi Social*, Tomo V, 2000.

-, “El abono acumulado y anticipado de la prestación por desempleo a trabajadores extranjeros”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 16, 2008.

LYON-CAEN, G., “Constitucionalización del Derecho del Trabajo”, en *Los trabajadores y la constitución*, AA. VV., Selsa, Madrid, 1980.

MALDONADO MOLINA, J. A., “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2007.

-, “El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

-, “Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿fomento de empleo o del retorno?”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011.

MÁRQUEZ PRIETO, A., “Artículo 48. Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), Comares, Granada, 2012.

MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, traducción de LINARES, P., Alianza, Madrid, 1998.

MARTÍN VALVERDE, A. y MARTÍNEZ MORENO, C., “Artículo 2”, en *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, AA. VV., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), THIBAUT ARANDA, J. (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2005.

-, “Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (coords.), Comares, Granada, 2008.

-, “Negociación colectiva”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Prólogo de CALVO GARCÍA, M., Tecnos, Madrid, 1998.

MARX, C., *Contribución a la crítica de la economía política*, Comares, Granada, 2004.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

MENGER, A., *El Derecho Civil y los Pobres*, con estudio de preliminar “Reformismo Social y Socialismo Jurídico” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 1998

-, *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado Democrático del Trabajo, (El Estado Socialista)*, con Estudio Preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., “Derechos Sociales y Estado Democrático Social en Antón Menger”, Comares, Granada, 2004.

MERCADER UGUINA, J. R., “La protección social de los trabajadores extranjeros” en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, AA. VV., Tomo II, Gobierno de Cantabria, Cantabria, 2003.

MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B., “El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001.

MERCADER UGUINA, J. R. y TOLOSA TRIBIÑO, C., “Artículo 24. Aplicabilidad del procedimiento sumario”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

MERKL, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, Comares, Granada, 2004.

MESTRE, R., “Por qué las inmigrantes no trabajan. Breve crítica feminista al derecho de extranjería”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 36, 1999.

MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

MIRAVET, P., “Trabajadores inmigrantes, sindicatos y participación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 2005.

MISHRA, R., *El Estado de bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, 1992.

MOLINA HERMOSILLA, O., *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2005.

-, “Las nuevas competencias autonómicas en materia de gestión de la inmigración y sus consecuencias para el ámbito de la política de empleo”, en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, AA. VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., “La gestión de la inmigración económico-laboral en el horizonte del nuevo Estado social autonómico: problemas y respuestas”, en *Gestión de la diversidad y políticas migratorias. Modelos de integración sociolaboral en España*, AA. VV. MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (coords.), Laborum, Murcia, 2009.

-, “La centralidad del trabajo como factor de integración social”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía*:

balance y perspectivas de futuro, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dir.), Litteralia, Jaén, 2009.

MOLINA HERMOSILLA, O. y VELA DÍAZ, R., “El esperado reglamento de extranjería: principales novedades en la regulación de la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 344, 2011.

MOLINA NAVARRETE, C., “La metamorfosis de la cuestión social: ¿del Welfare State al Workfare State? Dos concepciones de la idea de contrapartida en las prestaciones sociales”, en *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Volumen I., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.

-, “Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

-, “Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

-, “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 283, 2006.

-, “Artículo 15. Derechos individuales ejercidos colectivamente”, en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2008.

-, “La protección de la salud en el Sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional”, en AA. VV., *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M^a N., (coords.), Comares, Granada, 2008.

-, “El nuevo papel de las Comunidades Autónomas en la gestión de la inmigración económica extranjera: el caso andaluz”, en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, AA. VV., MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), Litteralia, Jaén, 2009.

-, “La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: claves de gestión de la diversidad cultural”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía. Balance y perspectivas de futuro*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Litteralia, Jaén, 2009.

-, “Derecho (social) del empleo”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dir. y coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

-, “El nuevo derecho sancionador en materia de inmigración y extranjería: principales novedades y puntos críticos”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

-, “La expulsión: supuestos y procedimientos para el extranjero. Nuevas consecuencias para el empleador”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

-, “Nueva regulación del internamiento cautelar prolongado de extranjeros: más sombras que luces”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

-, “Artículo 4. Derechos Laborales”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA.

VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), Comares, Granada, 2012.

MOLINA NAVARRETE, C., ESTEBAN DE LA ROSA, G. y ARCE JIMÉNEZ, E., *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.

MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de la reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 219, 2001.

MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2006.

-, “Reflexiones críticas sobre igualdad de género a raíz del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres aprobada el 21 de diciembre de 2006”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.

MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I y II)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núms. 56 y 57, 1992 y 1993.

-, “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales como derechos de <<desmercantilización>>”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, julio-septiembre, 1995.

-, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

-, *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

-, *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid, 1999.

-, “Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 2, 1999.

-, “El Derecho Social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo”, *Revista Lan Harremanak*, núm. 2, I-2000.

- , “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la <<cuestión social>>”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I, 2001.
- , “Pluralismo jurídico y Derecho Social: la Sociología del Derecho de Gurvitch”, estudio preliminar a la obra de GURVITCH, G., *Elementos de Sociología Jurídica*, Comares, Granada, 2001.
- , “La huelga”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.
- , “El derecho a la negociación colectiva”, en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M^a N., (dir.), Comares, Granada, 2002.
- , “El derecho a la Seguridad Social”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.
- , *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- , *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2003.
- , “Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva del Derecho”, *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007.
- , “La distribución de competencias en el Estado social autonómico en materia de políticas de empleo e inmigración”, *Revista Tribuna Social*, núm. 198, 2007.
- , “Los fundamentos del liberalismo social y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, 2007.
- , “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo Postconstitucional: el modelo de constitución flexible del Trabajo”, en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), MARTÍN JIMÉNEZ, R. (coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- , *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Comares, Granada, 2007.

-, “El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, AA. VV., CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (coords.), Laborum, Murcia, 2008.

-, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009.

-, *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, El Viejo Topo, Madrid, 2009.

-, “Huelga”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

-, *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011.

-, *La tradición del marxismo crítico*, Comares, Granada, 2011.

-, “Artículo 1. Definición”, en *El Derecho del Empleo. El Estatuto jurídico del empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), Comares, Granada, 2011.

MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007.

MONEREO PÉREZ, J. L., MONEREO PÉREZ, M., y OCHANDO CLARAMUNT, C., “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, *Revista Sistema*, núm. 155-156, abril 2000.

MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^a T., *El Estado social autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Bomarzo, Albacete, 2008.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social”, *Revista Tribuna Social*, núm. 161, 2004.

-, *El derecho de libertad sindical*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007.

-, “La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: balance y perspectivas”, estudio preliminar realizado a la obra de GIUGNI, G., *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, Comares, Granada, 2004.

MONEREO PÉREZ, J. L., y GALLEGO MORALES, A., “Comentario al Artículo 1. Delimitación del ámbito”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

MONEREO PÉREZ, J. L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El modelo de regulación jurídico-político de la inmigración en España”, en *Lavoratore Extracomunitario ed Integrazione Europea. Profili Giuridici*, AA. VV., Cacucci Editore, Bari, 2007.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

-, “Artículo 14. Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales”, en *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería e integración social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

-, “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

-, “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

-, “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

-, “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada”, *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, núm. 8, 2003.

-, “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N., Comares, Granada, 2007.

MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II”, *Revista Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 2008.

-, *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

-, “El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (I y II)”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 19 y 20, 2010.

-, “El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

-, “Los derechos de sindicación y huelga”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

-, “Garantías nacionales de los derechos fundamentales. Garantías generales y específicas. La promoción y amparo de la igualdad de género en el Derecho español y autonómico”, en *Género y derechos fundamentales*, AA. VV., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2010.

-, “Introducción general: configuración técnica de la política de empleo y del derecho de empleo en el modelo de Estado social. Ámbito general, comunitario y autonómico”, en *El Derecho del Empleo. El Estatuto jurídico del empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), Comares, Granada, 2011.

-, “Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada”, *Revista Justicia Laboral*, núm. 47, 2011.

-, “La ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011.

MONTOYA MEDINA, D., “Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 144, 2009.

MONTOYA MELGAR, A., *El empleo ilegal de inmigrantes*, Civitas, Madrid, 2007.

-, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2^a ed., Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2009.

-, “El trabajo por cuenta ajena y las predicciones marxistas (apuntes para un estudio)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151, 2011.

MORA CABELLO DE ALBA, L., “Europa y su nueva política común de inmigración”, *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010.

MORENO DÍAZ, J. A., “La nueva ley de extranjería. Claroscuros de una reforma”, *Revista de Derecho Social*, núm. 9, 2000.

MORENO FUENTES, F. J. y BRUQUETAS CALLEJO, M., *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Obra Social La Caixa, Barcelona, 2011.

MORENO PUEYO, M., “Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 257-258, 2004.

MORENO VIDA, M^a N., “Artículo 36. Autorización para la realización de actividades lucrativas”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

-, “Persona, conflicto social y pluralismo: grupos organizados y mediación de los conflictos”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

-, *La huelga en servicios esenciales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

-, “El reconocimiento implícito del carácter laboral de la inmigración. La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración: composición y funciones”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

-, “Artículo 2. Relaciones laborales de carácter especial”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), Comares, Granada, 2012.

MORTON, A. L., *Vida e ideas de Robert Owen*, Ciencia Nueva, Madrid, 1968.

MUÑOZ AUNIÓN, A., *Política migratoria de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia”, *Revista de Derecho Social*, núm. 44, 2008.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “Constitución del trabajo e inmigración irregular: una articulación necesaria para el reconocimiento de los derechos humanos”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 26, 2011.

NOYA MIRANDA, F. J., “Ciudadanía y capital social. Estudio preliminar en torno a ciudadanía y clase social, de T. H. Marshall”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 79, 1997.

OCHANDO CLARAMUNT, C., *El Estado del bienestar*, Ariel, Barcelona, 2002.

OFFE, C., *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1990.

OJEDA AVILÉS, A., “La libertad sindical”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

OLARTE ENCABO, S., “Novedades en el derecho de reagrupación familiar del extranjero para la construcción de un nuevo derecho social de integración”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

-, “Artículo 7. Capacidad para contratar”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), Comares, Granada, 2012.

OLESTI RAYO, A., “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008.

OLIVA MARTÍNEZ, J. D. y BLÁZQUEZ MARTÍN, D., *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Comares, Granada, 2006.

PACI, M., *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*, 2ª ed., Il mulino, Bolonia, 2007.

PALOMAR OLMEDA, A., “Apuntes sobre el desarrollo legal postconstitucional de la regulación de extranjería en España”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, 4ª ed., AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

PALOMBELLA, G., *La autoridad de los derechos. Los derechos entre las instituciones y las normas*, Trotta, Madrid, 2006.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 9, 1982.

-, *Derecho Sindical Español*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.

-, “El modelo constitucional de distribución de competencias en la Constitución ante los nuevos Estatutos de Autonomía”, en *Anuario de Conferencias, Primer Semestre 2007*, AA. VV., Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008.

PAREJO, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991.

-, “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: su génesis y concepto”, *Revista Derechos y Libertades*, núm. 6, 1995.

-, *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Dykinson, Madrid, 1999.

-, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, AA. VV., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

-, “Los derechos sociales: apuntes políticos y jurídicos”, en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, AA. VV., ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, Mª I. (eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2010.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., con la colaboración de DE ASÍS ROIG, R., y BARRANCO AVILÉS, M. C., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., LLAMAS CASCÓN, A., FERNÁNDEZ LIESA, C., *Textos básicos de Derechos Humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2001.

PEÑA FREIRE, A., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Las políticas de inmigración”, *Revista Tribuna Social*, núm. 133, 2002.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La Seguridad Social y la OIT”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (coords.), Comares, Granada, 2008.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E., “Artículo 1”, en *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, AA. VV., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), THIBAUT ARANDA, J. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., “Comunidades Autónomas y movilidad de trabajadores extranjeros: el tratamiento de la inmigración en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2009.

PÉREZ GONZÁLEZ, D., “Una propuesta de revisión de la idea de irregularidad en relación con la situación del inmigrante”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2011.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005.

-, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

-, *Los derechos fundamentales*, 9^a ed., Tecnos, Madrid, 2007.

PÉREZ SOLA, N., “Libertades de reunión y manifestación”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

-, “La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 17, 2008.

PÉREZ YÁÑEZ, R., “A vueltas con la gestión de los flujos migratorios. A propósito del abono acumulado de la prestación por desempleo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y en su reglamento de desarrollo”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 10, 2009.

-, “Renovadas orientaciones en la gestión de la migración: las propuestas provenientes del codesarrollo”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2009.

PICÓ, J., *Teorías sobre el Estado del bienestar*, Siglo XXI, Madrid, 1987.

PICÓ LORENZO, C., “El derecho al trabajo y a la residencia de los extranjeros no comunitarios. La escasa protección de los pactos y convenios internacionales de derechos humanos”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990.

PIRIS, J. C., *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

PISARELLO, G., “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 2001.

-, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 41, julio 2001.

-, “El proyecto de nueva Constitución europea: notas críticas”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 49, marzo 2004.

-, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

POLANYI, K., *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, prólogo de J. E. STIGLITZ, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

POLO SÁNCHEZ, M^a C., *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.

PONCE MARTÍNEZ, C. F., “La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales”, *Universidad de Extremadura, Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 19-20, 2001-2002.

POSADA, A., *La crisis del Estado y el Derecho Político*, C. Bermejo Impresor, Madrid, 1934.

POUND, R., *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, con estudio preliminar “La jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2004.

PUMARES FERNÁNDEZ, P., GARCÍA COLL, A. y ASENSIO HITTA, A., *La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

PURCALLA BONILLA, M. A., *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009.

QUESADA SEGURA, R., “Derecho de la Seguridad Social”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dir. y coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, con estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., “La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política”, Comares, Granada, 1999.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. R., “Derechos y deberes laborales (en torno al artículo 4 y 5)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo. El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Tomo I, núm. 100, 2000.

RAMOS QUINTANA, M^a I., *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989.

-, “Derechos de los trabajadores extranjeros”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 86, 1997.

- , “Trabajadores extranjeros e integración social”, *Revista Temas Laborales*, núm. 54, 2000.
- , “Artículo 69. Apoyo al movimiento asociativo de los inmigrantes”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.
- , “Retos y transformaciones en Europa ante el fenómeno de la inmigración”, *Revista de Derecho Social*, núm. 13, 2001.
- , “Transformaciones del estatuto jurídico de los trabajadores migrantes”, *Revista Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 1, 2001.
- , “Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo: nuevas vías y modalidades de contratación”, *Revista Justicia Laboral*, núm. 23, 2005.
- , “Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006.
- , “Los aspectos laborales de la reforma de la Ley de extranjería (Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre)”, en *Inmigración y derecho*, AA. VV., IGLESIAS CANLE, I. C. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- , “Mujeres inmigrantes: la doble discriminación”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 12, 2006.
- , “Derechos de los extranjeros y situaciones jurídicas de irregularidad: la jurisprudencia constitucional más reciente”, *Revista Tribuna Social*, núm. 215, 2008.
- , “Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida”, *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008.
- , “Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19, 2008.
- , “Derechos de los extranjeros y situaciones jurídicas de irregularidad: la jurisprudencia constitucional más reciente”, *Revista Tribuna Social*, núm. 215, 2008.

-, “El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social”, en *Los derechos de los inmigrantes en España*, AA. VV., AJA FERNÁNDEZ, E. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- “Migraciones laborales: las paredes maestras de la reforma 2009 de la Ley de Extranjería en España”, *Revista Tribuna Social*, núm. 240, 2010.

-, “Trabajo de extranjeros”, en *Enciclopedia Laboral Básica <<Alfredo Montoya Melgar>>*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

-, “La aclaración legal del alcance de la protección social del trabajador extranjero irregular. Especial referencia a la protección por desempleo”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

-, “Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 28, 2011.

RENAN, E., *¿Qué es una nación?*, Sequitur, Madrid, 2001.

REY PÉREZ, J. L., “La naturaleza de los derechos sociales”, *Revista Derechos y Libertades*, núm. 16, época II, enero 2007.

RIPERT, G., *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*, con estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., “La organización jurídico-económica del capitalismo. El derecho de la economía”, Comares, Granada, 2001.

RITTER, G. A., *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, 1991.

RIUS SANT, X., *El libro de la inmigración en España*, Almuzara, Córdoba, 2007.

RIVERO LAMAS, J., “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, en *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

-, *La democracia en la empresa*, Comares, Granada, 2010.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006.

RODRÍGUEZ MESA, M^a J., “La relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias”, *Revista de Derecho Social*, núm. 16, 2001.

RODRÍGUEZ PARDO, E., “Una apuesta por la integración”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 85, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La Declaración de Derechos Sociales comunitarios (I, II, III y IV)”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo II, 1989.

-, “El programa de Acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Social”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo II, 1989.

-, “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo”, *Revista Temas Laborales*, núm. 59, 2001.

-, “Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante”, *Revista Relaciones Laborales*, Volumen I, 2001.

-, “La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género”, *Relaciones Laborales*, Volumen II, 2001.

-, “Empleo y exclusión social”, *Relaciones Laborales*, Vol. I., 2002.

-, “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en *Derechos y libertades de los extranjeros*, Tomo I, AA. VV., Gobierno de Cantabria, Cantabria, 2003.

-, “La asistencia jurídica gratuita y los extranjeros”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 3, 2005.

-, “Una política de inmigración para un modelo de inmigración: la integración a través del empleo”, en *Comentarios al reglamento de extranjería*, AA. VV., RAMOS QUINTANA, M. I. (dir.) y ROJAS RIVERO, G. P. (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2007.

-, “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 17, 2009.

-, “La intervención autonómica en las autorizaciones de residencia y trabajo”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 20, 2009.

-, “La nueva legislación de extranjería e inmigración”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 8, 2010.

-, “La nueva legislación de extranjería e inmigración”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 8, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, en *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, AA. VV., Vol. II, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

-, “El Derecho del Trabajo y los pobres”, en *II Foro Andaluz de los Derechos Sociales: pobreza y exclusión*, AA. VV., TEROL BECERRA, M. J. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ROJAS RIVERO, G. P., “El marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales”, en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AA. VV., RAMOS QUINTANA, M. I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena”, en *El Nuevo Derecho de Extranjería*, AA. VV., RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.), Comares, Granada, 2001.

ROJO TORRECILLA, E., “Inmigración y derechos humanos: retos y perspectivas”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002.

-, “El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

-, “La inmigración: nuevo fenómeno, nueva realidad, nuevos retos para las políticas de ocupación”, en *Inmigración y derechos de ciudadanía*, AA. VV., PINYOL, G. (coord.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.

-, “Inmigración y mercado de trabajo en el ámbito comunitario y español (el impacto de las políticas de inmigración sobre el empleo y la edad de la población trabajadora), en *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, AA. VV., CAMAS RODA, F. (coord.), Bosch, Barcelona, 2009.

-, “El nuevo marco de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías”, en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, AA. VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

-, “La nueva realidad jurídica y social de la inmigración. Una aproximación al marco normativo y su impacto sobre la protección social de las personas inmigradas”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011.

ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., “La reforma de los Estatutos de Autonomía y su impacto en la normativa estatal de inmigración”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 80, 2009.

-, “Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas”, *Revista Temas Laborales*, núm. 104, 2010.

ROMERO CORONADO, J., “Residencia y trabajo de extranjeros altamente cualificados”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

ROQUETA BUJ, R., “Artículo 8”, en *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, AA. VV., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), THIBAUT ARANDA, J. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

RUANO ALBERTOS, S., “Las autorizaciones de trabajo de los trabajadores extranjeros no comunitarios”, *Revista Tribuna Social*, núm. 178, 2005.

RUANO ALBERTOS, S. y VICENTE PALACIO, A., “Los derechos reconocidos a los trabajadores nacionales de terceros países en la Constitución Europea y su repercusión

en la legislación española”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.

RUBIO DE MEDINA, M^a D., “Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros”, *Revista Temas Laborales*, núm. 105, 2010.

RUBIO LARA, M^a J., *La formación del Estado Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

RUIZ PIÑEIRO, F. L. y SAIZ FERNÁNDEZ, R., *El derecho de reunión y manifestación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

RUIZ VIEYTEZ, E., *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

-, “Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2009.

SÁNCHEZ BARRICARTE, J. J., *Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado*, Biblioteca Nueva Universidad, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ PÉREZ, J., *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Comares, Granada, 2011.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Artículo 14. Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CHARRO BAENA, P., “Artículo 2 bis. La política inmigratoria”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B., “La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen a propósito de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 22, 2010.

SASTRE ARIZA, S. “Derecho y garantías”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000.

SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.

SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, traducción de AYALA, F., Alianza Editorial, Madrid, 1982.

-, *Legalidad y legitimidad*, con estudio preliminar “La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt” de MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C., Comares, Granada, 2006.

SCHMOLLER, G., *Política Social y Economía Política (Cuestiones Fundamentales)*, con estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J. L., “La Escuela Histórica Nueva en Economía y la Política de Reforma Social”, Comares, Granada, 2007.

SCIARRA, S., “Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Revista Temas Laborales*, núm. 62, 2001.

-, “El desafío del cambio en la política social europea”, en *Relaciones laborales y nuevo modelo productivo*, AA. VV., CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011.

SEMPERE NAVARRO, A. V., “Los permisos para trabajo de extranjeros (A propósito de una reciente monografía)”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2000.

-, “Accidente laboral de extranjero sin permiso”, en *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, AA. VV., DOMBLÁS, M^a A. y FERNÁNDEZ BARAIBAR, M. (coords.), Aranzadi, Navarra, 2007.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y CANO GALÁN, Y., “La Constitución española y el Derecho Social Comunitario (Constitución Social Europea)”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

-, “La igualdad laboral en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11, 2008.

SEMPERE NAVARRO, A. V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., *Políticas sociolaborales*, 3^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., “El derecho a la asistencia jurídica gratuita”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley*

Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y HIERRO HIERRO, F. J., “Artículo 57. Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados”, en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, AA. VV., PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs.), QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008.

SERRANO ARGÜELLO, N., “La inmigración hacia Europa en perspectiva laboral. Una respuesta tardía de la Unión Europea: la política común de inmigración”, en *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, AA. VV., Vol. II., Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Comares, Granada, 2009.

-, “Ámbito subjetivo. El supuesto de los nacionales de terceros países”, en *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, AA. VV., RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, M^a D. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

SERRANO FALCÓN, C. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “La libertad sindical de los extranjeros en la perspectiva internacional y comunitaria”, en *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), Comares, Granada, 2011.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “La residencia legal como requisito de acceso a la protección de Seguridad Social de los extranjeros extracomunitarios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 20, 2009.

SOLANES CORELLA, A., “¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España”, *Migraciones Internacionales*, vol. 4, núm. 4, 2008.

-, “¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley Autonómica Valenciana 15/2008”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009.

SOREL, G., *Reflexiones sobre la violencia*, con estudio preliminar “Teoría e ideología del sindicalismo en Georges Sorel” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2011.

STAMMLER, R., *La génesis del derecho*, Comares, Granada, 2006.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la ley de extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

-, “Sobre la nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin permiso”, *Revista Tribuna Social*, núm. 120, diciembre 2000.

TAYLOR-GOOBY, P., *Reframing social citizenship*, Oxford, Nueva Cork, 2009.

TAWNEY, R. M., *La sociedad adquisitiva*, Alianza, Madrid, 1972.

TERRÁDEZ SALOM, D., “Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos constitucional español y europeo: de la teoría a la realidad”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 15, 2007.

TITMUSS, R., *Política social*, Ariel, Barcelona, 1981.

TÖNNIES, F., *Desarrollo de la cuestión social*, Labor, Barcelona, 1933.

-, *Comunidad y asociación*, con estudio preliminar “La interpretación de la modernidad en Tönnies” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2009.

-, *Principios de Sociología*, con estudio preliminar “La Sociología como crítica social: la aportación de Ferdinand Tönnies” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2009.

TORRES DEL MORAL, A., “El Estado social”, *Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 9, 2011.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La Seguridad Social y la protección por desempleo de los extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007, Sala de lo Social, Sección 1”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 13, 2007.

-, *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008.

-, “Fundamentación jurídica del derecho de negociación colectiva de los trabajadores extranjeros”, en *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*,

AA. VV., DE SOTO RIOJA, S. (coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

-, “La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTS de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y el anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 21, 2009.

-, “La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 9, 2009.

-, “La denegación de técnicas punta”, en *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, AA. VV., RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, M^a D. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

-, “Las autorizaciones de trabajo de los extranjeros en España: revisión jurídico-política”, *Revista Tribunal Social*, núm. 239, 2010.

-, “La regulación jurídica del nuevo modo de capitalización de la prestación por desempleo: análisis jurídico-político del Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre. La mercantilización de los trabajadores extranjeros inmigrantes”, en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y SÁNCHEZ MONTOYA, J. E. (dir.), MORENO VIDA, M^a N. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), Comares, Granada, 2010.

-, “La mujer extranjera víctima de violencia de género: residencia temporal y trabajo. Medidas de tutela protectoras sociolaborales”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

-, “Artículo 26. Colectivos prioritarios”, en *El Derecho del Empleo. El estatuto jurídico del Derecho del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), Comares, Granada, 2011.

-, “Renovadas cuestiones competenciales político-jurídicas en materia de autorizaciones de trabajo en Andalucía. Análisis jurídico-crítico de conjunto”, en

Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011.

-, “Los trabajadores extranjeros. Dificultades preventivas”, en *Tratado de Salud Laboral, Tomo II, Aspectos técnico-sanitarios y lugares, sectores y colectivos singulares*, AA. VV., RIVAS VALLEJO, M^a P. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs.), GARCÍA VALVERDE, M^a D. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

TRINIDAD GARCÍA, M^a L. y MARTÍN MARTÍN, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

USHAKOVA, T., “La directiva de la tarjeta azul de la Unión Europea como instrumento de política activa de gestión migratoria”, *Revista Tribuna Social*, núm. 236-237, 2010.

-, “Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 22, 2011.

VALDÉS DAL RÉ, F., *La negociación colectiva. Entre tradición y renovación*, Comares, Granada, 2012.

VALDUEZA BLANCO, M^a D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

VALLECILLO GÁMEZ, M^a R. y MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Comares, Granada, 2008.

VALTICOS, N., “Normas Internacionales del Trabajo y Derechos Humanos, ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, núm. 2.

VELA DÍAZ, R., “La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería: puntos críticos desde el prisma laboral”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 326, 2010.

VELARDE, C., *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

VENTURI, A., *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995.

VERKINDT, P. Y., *Le droit du travail*, Dalloz, Paris, 2005.

VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VIDA SORIA, J., “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, *Relaciones Laborales*, Vol. II, 2001.

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Comares, Granada, 2011.

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2011.

VIDAL FUEYO, Mª C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975.

VIOLA, F., *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, Comares, Granada, 1998.

VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho*, con estudio preliminar “Ihering y la lucha por el Derecho” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2008.

VON STEIN, L., *Movimientos sociales y monarquía*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995.

ZANFRINI, L., *Sociología delle migrazioni*, Laterza, Bari, 2007.

-, *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, Laterza, Bari, 2007.

ZAPATA-BARRERO, R., “Política de inmigración y Unión Europea”, *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 104, 2000.

-, “La retórica de la ciudadanía y la inmigración”, *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 177, 2007.

ZILIO GRANDI, G., *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2006.

ZORRILLA RUIZ, M., “Emergencia y entorno de los derechos sociales en la frustrada constitución para Europa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, 2006.