

M.^a TERESA MARAÑÓN MAROTO

Abogada

*Coordinadora del Programa de Cooperación con Marruecos
del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*

LUIS-VIDAL DE MARTÍN SANZ

Abogado

*Miembro del Servicio de Orientación Jurídica del Extranjero
(SOJE) del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*

Extracto:

EL artículo pretende transmitir una idea clara de cómo queda el sistema legal de extranjería tras la reforma y la contrarreforma. En primer lugar se reseña una breve introducción histórica que nos hace comprender que la materia de extranjería ha sido una materia estable con variaciones mínimas, dentro del sistema jurídico español, que encuentra su punto de inflexión en el momento en que España pasa a ser un país receptor de inmigrantes. A partir de ese momento, el armazón jurídico es cambiante dominando más el criterio político que el criterio de seguridad jurídica.

En segundo lugar se analizan las diferencias entre la LO 4/2000, de 11 de enero, y la LO 8/2000, de 22 de diciembre, sabiendo que la segunda modifica ampliamente la primera, dando como resultado una nueva Ley de Extranjería con principios totalmente diferentes. En este análisis se quiere dar una visión general, ya que un análisis pormenorizado corresponde a obras con vocación de manual.

En tercer lugar se profundiza en la regulación de los derechos laborales, la regulación del trabajo de los extranjeros, tramitación de los permisos y la incidencia del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE 3 de marzo de 2001), convalidado por Resolución de 15 de marzo de 2001 del Congreso de los Diputados (BOE 24 de marzo de 2001).

Por último se estudia el sistema de infracciones y sanciones, de amplia trascendencia tanto para la vida del extranjero como para el acceso a la obtención de permisos de trabajo y renovación de los mismos. Nos detenemos especialmente en las infracciones de carácter laboral y en los delitos contra los trabajadores extranjeros.

Sumario:

- I. Evolución histórica.

- II. Comparativa entre la LO 4/2000 y su reforma por la LO 8/2000.
 - 1. Derechos.
 - 2. Reagrupación familiar.
 - 3. Régimen de entrada.
 - 4. Estancia y residencia.
 - 5. Residencia de apátridas e indocumentados.
 - 6. Menores extranjeros.
 - 7. Estudiantes.
 - 8. Regularización permanente.
 - 9. Infracciones y medidas de seguridad.
 - 10. Medidas de seguridad.
 - 11. Análisis de los derechos socio-laborales.

- III. El permiso de trabajo y su tramitación.
 - 1. Normativa general aplicable.

2. El permiso de trabajo en el régimen general.
3. Renovación del permiso de trabajo.
4. Excepciones al permiso de trabajo.
5. La realización de trabajos de *au pair*.
6. Régimen especial de los trabajadores de temporada.
7. Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios.
8. El contingente de trabajadores extranjeros.
9. Tipos de permisos de trabajo.

IV. Infracciones y sanciones en materia de extranjería.

1. Clasificación de infracciones.
2. Prescripción de las infracciones y sanciones previstas en la Ley de Extranjería.
3. Procedimientos sancionadores en materia de extranjería.

V. Especial referencia a las infracciones laborales y al procedimiento sancionador en materia laboral.

1. Infracciones laborales tipificadas en la Ley de Extranjería (LO 4/2000).
2. Infracciones de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación transnacional, tipificadas en el Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto).

3. Infracciones en materia de emigración y movimientos migratorios internos tipificadas en el Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto).
4. Infracciones en materia de permisos de trabajo tipificadas en el Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto).

VI. Delitos contra los trabajadores extranjeros.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La primera regulación en materia de extranjería proviene del Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 que junto con el Código Civil de 1889 contemplan una idea de igualdad entre los nacionales y los extranjeros, no apreciándose ideas discriminatorias entre las actividades que podían ejercer unos y otros; asimismo la Constitución de 1869 y la de 1876 establecieron que «todo extranjero podrá establecerse en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas».

Pero la idea inicial de igualdad entre nacionales y extranjeros comienza a desaparecer con las materias de derecho político, administrativo y sobre todo laboral que son las que marcan las diferencias de trato.

Esta normativa se fue aplicando en España durante el siglo XIX y parte del XX, apareciendo en los Años Treinta tres normas que vienen a completar el régimen instaurado por el Real Decreto de Extranjería de 1852:

- La Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933.
- La Ley de Vagos y Maleantes de 1933.
- El Decreto de pasaportes de 1935.

Durante el Régimen franquista, las Leyes Fundamentales no hacen mención a la condición de extranjero, la normativa anterior sigue vigente con dos retoques legislativos producidos en los Años Cincuenta siendo en los Setenta cuando se deroga la Ley de Vagos y Maleantes por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social ¹.

Es con la Constitución de 1978, cuando se empieza a acotar el ámbito de las libertades públicas de los extranjeros y con la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, cuando se concentra en una sola norma el régimen legal de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

¹ En vigor hasta la publicación del Nuevo Código Penal aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre.

Dicha Ley pretende que los extranjeros que se encuentren en España tengan permiso de trabajo y residencia, o sólo de residencia, para tener legalizada su situación en España. Merece destacarse la preocupación de la Ley por un tratamiento preferente en favor de los iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y de los originarios de la ciudad de Gibraltar, por darse en ellos los supuestos de identidad o afinidad cultural. Dichas preferencias serán consideradas sobre todo a la hora de conceder los permisos iniciales de trabajo.

De igual forma el RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, pretende mejorar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros como requisitos esenciales para su integración, se procede a la creación del estatuto de residente permanente (dando prioridad al tiempo de residencia legal), a una nueva regulación de los permisos de trabajo y al establecimiento de un contingente de mano de obra.

Pero la realidad exige una nueva regulación en materia de extranjería, lo que lleva a la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero, tras una importante polémica política y social en el que se reforman los derechos y libertades de los extranjeros en España y por primera vez se gradúan los efectos de los derechos y libertades dependiendo de la mera «presencia» (irregulares), de la situación de empadronado, y de residente.

Así, la libertad de reunión y manifestación, la libertad de asociación, el derecho a la educación de los menores, el derecho de ayudas en materia de vivienda, la libertad de sindicación y huelga, el derecho a la asistencia sanitaria, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce a todos los extranjeros que se encuentren en España con independencia de su situación legal.

Se elimina el sistema de preferencias de la LO 7/1985, a los nacionales de los países con afinidad cultural e histórica para la concesión de los permisos de trabajo y se dice expresamente que en el plazo de seis meses se aprobará el Reglamento que desarrolle la LO 4/2000, de 11 de enero, y que se derogan las disposiciones contrarias a esta Ley.

El tiempo que fija la Ley para la aprobación del Reglamento pasa, y así nos encontramos con que hay una nueva normativa legal y una vieja reglamentaria que queda vacía de contenido por la derogación tácita de las disposiciones del RD 155/1996, de 2 de febrero.

Cuando todos los operadores jurídicos en materia de extranjería creíamos que la aprobación del Reglamento era inminente, se nos sorprendió con la aprobación de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y que más que una reforma es una transformación de los principios en los que se asentaba la Ley.

Las razones por las que se fundamenta la modificación de la Ley, según se expresa en la Exposición de Motivos, es que a lo largo de la vigencia de la LO 4/2000, de 11 de enero, se han detectado aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones normativas. Otra

de las razones para emprender la modificación de la llamada Ley de Extranjería es que nuestra normativa debe ser conforme a los compromisos asumidos por España en la reunión de Tampere con los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea, con relación al control del flujo migratorio.

Con la LO 8/2000, de 22 de diciembre, se vuelve a la categoría de «extranjeros legales o residentes y extranjeros ilegales» de la LO 7/1985 y se limita el catálogo de derechos y libertades de los extranjeros en España.

Se derogan todos aquellos preceptos de la Ley 4/2000 que contradigan las disposiciones de la LO 8/2000 al igual que cualquier otra que choque con la misma, como los preceptos del RD 155/1996, de 2 de febrero, que todavía estuvieran vigentes. Así nos encontramos con que **hemos pasado en un año por tres Leyes de Extranjería, las cuales, unas han derogado a otras y que el Reglamento de desarrollo de la LO 7/1985 es el que se ha utilizado para las tres Leyes, lo cual no produce otra cosa más que confusión**. Cada año el número de extranjeros se eleva, hay un continuo cambio legal que provoca inestabilidad que hace que tanto la sociedad española como los movimientos asociativos de extranjeros estén alzando las voces reivindicando la seguridad jurídica que exige todo Estado Social y Democrático de Derecho.

II. COMPARATIVA ENTRE LA LO 4/2000 Y SU REFORMA POR LA LO 8/2000

1. Derechos.

La LO 8/2000 de reforma de la Ley de Extranjería se caracteriza por ser más restrictiva que la originaria LO 4/2000; así en materia de disfrute de derechos hay que hablar de un recorte de los derechos de reunión, manifestación, asociación, libertad de sindicación y huelga que sólo podrán ejercer los extranjeros residentes.

También el derecho a la educación se restringe: se garantiza la educación obligatoria para menores de 18 años y solamente tendrán derecho a la enseñanza no obligatoria los extranjeros residentes, de igual forma que el criterio de la residencia será requisito para acceder a ayudas en materia de viviendas.

Respecto al derecho de defensa y las garantías jurídicas también se ven recortadas. El tan traído y llevado derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce con la irónica salvedad de que no hace falta motivar las resoluciones de denegación de visado ². Respecto al derecho a la asistencia

² El artículo 27.5 de la LO 4/2000 modificada por la LO 8/2000 establece: «La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena...».

letrada, se vuelve a cercenar este derecho, de tal forma que sólo se reconoce la asistencia de urgencia, es decir, para casos de expulsión, petición de asilo y en el caso de denegación de entrada. En el resto de casos: denegación de un permiso de trabajo, una separación, un desahucio, reclamación de salarios, etc., deberán acreditar la residencia legal y, por supuesto, la insuficiencia de recursos económicos como a los españoles. Se suprime por tanto el reconocimiento universal de todo extranjero a acceder a la asistencia jurídica gratuita por el mero empadronamiento.

2. Reagrupación familiar.

También la reagrupación familiar se restringe. Sólo se reconoce el derecho del residente a reagrupar a sus familiares, mientras que la LO 4/2000 recogía el derecho del residente a reagruparse con sus familiares y a éstos el derecho a reagruparse con el residente. Se mantiene la novedad introducida por la LO 4/2000 de la continuidad del permiso de residencia del familiar reagrupado (cónyuge y familiares con él reagrupados), independientemente de la conservación del vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición, aunque la LO 8/2000 introduce el requisito de un tiempo previo de convivencia en España y que se determinará reglamentariamente.

3. Régimen de entrada.

El régimen de entrada se mantiene básicamente igual, puesto que dicha regulación es reflejo de los convenios internacionales firmados por España (Schengen). Como novedad se introduce la posibilidad de prorrogar la estancia a los extranjeros que entren sin visado estableciéndose la siguiente distinción:

Entrada con visado: cuando la duración de éste sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar, pero en ningún caso podrá ser superior a tres meses en un período de seis meses.

Entrada sin visado: cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses.

4. Estancia y residencia.

La situación de estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días.

Respecto a la residencia no laboral hay que señalar que existen pocas novedades respecto a la regulación anterior. Se mantiene la situación de residencia permanente, como la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles,

por lo que se recoge como una de las causas que exoneran de la obligación de obtener permiso de trabajo, y por lo tanto, cualquier extranjero con este tipo de residencia podrá trabajar sin necesidad de obtener un permiso previo.

5. Residencia de apátridas e indocumentados.

La LO 4/2000 reguló una única situación, la de «apátrida indocumentado», creando un vacío legal para los extranjeros que se encontraban indocumentados, pero no eran apátridas o viceversa. La modificación introducida por la LO 8/2000 mejora la regulación y definición de las dos situaciones, aunque la denegación de la solicitud, por estar incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada en territorio español, supondrá que la mayoría de los extranjeros indocumentados no puedan acceder a este procedimiento, creándose un contingente de irregulares permanentes.

6. Menores extranjeros.

Los menores tutelados por la Administración Pública, se consideran residentes regulares a todos los efectos.

Se establece un procedimiento para la determinación de la edad de los extranjeros que sean localizados por la Policía, y no se pueda determinar si son mayores o menores de edad, en virtud del cual será el Juzgado de Menores el que determine si deben acogerse a la regulación específica de menores o deberán aplicársele el resto de las disposiciones de la nueva Ley. Llama poderosamente la atención la indeterminación del precepto legal en el caso de que se trate de un menor de edad, ya que únicamente se señala que la autoridad gubernativa decidirá sobre su retorno al país de origen o su permanencia en España. La LO 8/2000 introduce la necesidad de que los servicios de protección de menores emitan un informe que oriente sobre la conveniencia de retorno o de permanencia.

7. Estudiantes.

El régimen jurídico de los estudiantes, que la LO 4/2000 calificó de «régimen especial», creaba la duda razonable de que se trataba de una residencia a los efectos de acumular antigüedad para acceder a un permiso de residencia o a la nacionalidad. Sin embargo, tras la Reforma, se vuelve a la concepción de la antigua Ley del 85 resucitada por la reforma de diciembre de 2000, es decir, se considera «estancia». Por lo tanto, no se computará el período de permanencia en España para acceder a permisos de residencia y tampoco se tendrá en cuenta para optar por la nacionalidad.

8. Regularización permanente.

Es una figura que introdujo la LO 4/2000, que otorgaba una residencia especial al extranjero que permaneciera más de dos años empadronado y acreditara medios de vida. La LO 8/2000, restringe dicho acceso y añade nuevos requisitos de acceso a un permiso de residencia temporal. Se podrá acceder a esta residencia:

- Por tener permanencia en territorio nacional durante un período mínimo de cinco años.
- Por haber tenido un permiso de residencia y no haberlo renovado.
- Por concurrir razones humanitarias o excepcionales.
- Por arraigo.

9. Infracciones y medidas de seguridad.

La reforma supone en materia sancionadora un profundo cambio en la LO 4/2000, con el resultado final de un sistema sancionador muy parecido a la LO 7/1985, que estudiaremos en el epígrafe correspondiente junto con los delitos contra trabajadores extranjeros.

10. Medidas de seguridad.

Continúan las medidas diseñadas por la LO 4/2000 relativas a la entrada, salida y permanencia, y que podrán dar lugar a sanciones por parte de la autoridad competente y obligar al extranjero a abandonar el país.

11. Análisis de los derechos socio-laborales.

Como ya dejó claro el Tribunal Constitucional, cabe introducir el elemento de la nacionalidad como modulador de la aplicación de derechos a los extranjeros. Es decir, es constitucional la diferencia entre españoles y extranjeros a la hora de acceder al trabajo, y a las prestaciones de Seguridad Social.

Con la LO 7/1985, se diferenciaban tres tipos de derechos:

- Derechos inherentes a la naturaleza humana, iguales para españoles y extranjeros.

- Derechos inaplicables a los extranjeros (políticos, cargos públicos, militares).
- Derechos que pertenecen según la modulación legal con el límite de los Tratados.

Con la LO 4/2000 se tiende a eliminar el elemento de la nacionalidad e ilegalidad como factor de modulación para acceder a los derechos creando el siguiente sistema:

PRESENCIA (extranjeros ilegales)	EMPADRONAMIENTO (extranjeros empadronados)	RESIDENCIA (extranjeros residentes)	NACIONALIDAD (extranjeros nacionalizados)
Educación	Asistencia sanitaria (Ord.)	Trabajo	TODOS LOS DERECHOS
Sanidad urgente	Ayuda para vivienda	Seguridad Social	
Asistencia jurídica urgente (expulsión)	Asistencia jurídica ordinaria	Reagrupación familiar	
Sindicación		Derecho libre circulación	
Huelga		Participación pública	
Tutela judicial efectiva			
Educación			
Reunión manifestación			
Asociación			
Prestaciones sociales básicas			

Tras la reforma introducida por la LO 8/2000, se vuelve a introducir la ilegalidad como criterio modulador que deniega derechos a los extranjeros en situación irregular. Se disminuyen los derechos a los que los extranjeros empadronados pueden acceder quedando el cuadro de derechos de la siguiente forma:

PRESENCIA (extranjeros ilegales)	EMPADRONAMIENTO (extranjeros empadronados)	RESIDENCIA (extranjeros residentes)	NACIONALIDAD (extranjeros nacionalizados)
Educación (menores)	Asistencia sanitaria (Ord.)	Trabajo	TODOS LOS DERECHOS
Sanidad urgente		Seguridad Social	
Asistencia jurídica urgente (expulsión)		Reagrupación familiar	
Servicios y prestaciones básicas		Derecho libre circulación	
Tutela judicial efectiva (salvo motivación denegación visados)		Reunión/Manifestación	
		Asistencia jurídica ordinaria	
		Ayuda para vivienda	
		Huelga	
		Asociación	
		Sindicación	
	Participación pública		

Fijémonos ahora en los derechos laborales: La Ley los recoge en sus artículos 10, 11, 12, 14 y 16.

Artículo 10. El derecho al trabajo y a la Seguridad Social

El derecho al trabajo es un Derecho Constitucional, aunque no recibe la protección de los Derechos Fundamentales.

En la Constitución, el derecho al trabajo hace referencia a los españoles por lo que el acceso al trabajo de los extranjeros no lo es en igualdad de trato a los españoles. Una vez que se ha accedido o se han superado los requisitos exigidos por la Ley, podrán disfrutar de los derechos laborales vigentes en España.

Concretamente, el artículo 10 de la Ley, establece 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.

La Ley recoge la forma de obtener el permiso oportuno para trabajar.

Asimismo establece que los extranjeros residentes podrán acceder en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. A tal efecto podrán presentarse a las ofertas de Empleo Público que convoquen las Administraciones Públicas.

Artículo 11. El derecho a la libertad de sindicación y huelga

Es un Derecho Constitucional reconocido en el artículo 28, y tiene reconocimiento como Derecho Fundamental. Nuestra Constitución habla de «Todos» por lo que pudiera ser inconstitucional limitar este derecho a los extranjeros al permitirse sólo su ejercicio a los que están legalmente en España.

La LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000, exige el requisito de legalidad, limitando estos derechos. Ocurre lo mismo con el derecho de huelga. La Ley Orgánica de Libertad Sindical no incluye ningún precepto por el que los trabajadores extranjeros estén limitados para elegir libremente a sus representantes incluso ocupar cargos electivos, o fundación de sindicatos.

Artículo 12. El derecho a la asistencia sanitaria

Es un derecho programático del artículo 49 de la Constitución Española tan sólo exigible ante los tribunales conforme a su Ley de desarrollo. Es un nuevo derecho que se recoge para los extranjeros que se encuentren inscritos en el padrón en las mismas condiciones que los españoles.

Los extranjeros que se encuentren en España (regular o irregularmente) tienen derecho a la asistencia sanitaria de urgencia y su continuidad hasta el alta. Los menores extranjeros tienen la asistencia sanitaria garantizada independientemente de su situación administrativa así como las extranjeras embarazadas.

Artículo 14. El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales

Es un Derecho Constitucional recogido en el artículo 41 tan sólo exigible ante los tribunales conforme a su Ley de desarrollo. En la actualidad se contempla como derecho reservado a los residentes (permiso de trabajo y/o residencia).

Los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. Es decir, los servicios sociales de Ayuntamientos, Comunidades Autónomas, Administración General del Estado, consistentes en mediadores familiares, asistentes sociales, subvenciones, ayudas escolares, libros, etc.

Artículo 16. El derecho a la intimidad familiar (reagrupación familiar)

El artículo 39 de nuestra Constitución establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Nos encontramos de nuevo con un derecho de protección constitucional mínima que sin embargo ha tomado una dimensión específica.

El derecho, en cumplimiento del mandato del artículo 39 en relación con el 18, ambos de la Constitución y del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, consagra la reagrupación familiar como un derecho a la situación de residencia en España para convivir con el familiar reagrupante. La institución queda de la siguiente forma tras la reforma operada por la Ley 8/2000:

No se permite reagrupar a más de un cónyuge, aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. Asimismo, se exige la acreditación de la separación matrimonial en el caso de que el familiar reagrupado sea el nuevo cónyuge, especificando las condiciones del convenio regulador que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión y los alimentos.

Se incluye la posibilidad de reagrupar a los hijos del cónyuge, aunque se deberá acreditar que éste ejerce en solitario la patria potestad o se le ha otorgado la custodia. La emancipación del menor en la antigua Ley era considerada causa de denegación de la reagrupación familiar, actualmente sólo se establece el matrimonio y la mayoría de edad como circunstancias que imposibilitan la concesión.

Por último se eliminan dos nuevas modalidades de reagrupación familiar, la primera por razones humanitarias y la segunda la de los familiares extranjeros de los españoles.

III. EL PERMISO DE TRABAJO Y SU TRAMITACIÓN

1. Normativa general aplicable.

- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.
- Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en todo lo que no se oponga a lo establecido en la LO 4/2000.

Partiendo de que el artículo 1 de la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000, considera extranjeros a todos los que carezcan de nacionalidad española, podríamos pensar que esta Ley es de aplicación para todos los nacionales de terceros Estados.

El concepto recogido de extranjero conduce a equívoco cuando se destina a los extranjeros procedentes de la Unión Europea, ya que existe una normativa específica recogida en el RD 766/1992, de 28 de junio, sobre entrada y permanencia en España de los nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por el RD 737/1995, de 5 de mayo.

Pues bien, dejando a un lado a los extranjeros a los que les es aplicable el Régimen Comunitario, nos centraremos en la normativa destinada a aquellos extranjeros no comunitarios que desean trabajar y permanecer en España.

Pueden trabajar en España a los efectos de la Ley 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000:

1. Los extranjeros no comunitarios.
2. Los extranjeros a los que el Ministerio del Interior les haya reconocido la condición de apátrida (art. 34.2).
3. Los extranjeros a los que se les reconozca la condición de refugiado (art. 34.3).

El Capítulo III de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, recoge la normativa para la obtención del permiso de trabajo y regímenes especiales.

2. El permiso de trabajo en el régimen general.

Los extranjeros mayores de dieciséis años podrán ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional pero deberán obtener además del permiso de residencia o autorización de estancia una autorización administrativa para trabajar (art. 36.1) que lo expedirá el Área de Trabajo de las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno.

Si al extranjero que se propusiera trabajar se le exigiese una titulación especial, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia de homologación del título correspondiente si hubiera realizado sus estudios en el extranjero.

Son numerosas las cuestiones que suscita el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería cuando recoge:

Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la corres-

pondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

La primera cuestión es qué se entiende por *extranjero no autorizado para trabajar*. Unos autores opinan que el catálogo de extranjeros no autorizados para trabajar se limita a los estudiantes, a los residentes no laborales y a los extranjeros con autorización de estancia; otros suscriben que se debe incluir a los llamados extranjeros ilegales³.

La segunda cuestión es cuál es la extensión de los términos «*no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero*».

Se generarán diversos derechos dependiendo de la teoría a la que acogerse:

1. Teresa MARAÑÓN, en apoyo de su teoría restrictiva, opina que el no autorizado para trabajar devengará los mismos derechos que para un nacional: derecho al salario, a la cotización de Seguridad Social, a los salarios de tramitación, etc. en tanto que la omisión de esa autorización no invalida ni el contrato de trabajo celebrado entre las partes ni los derechos que surgen de la relación laboral.
2. Luis-Vidal DE MARTÍN en su concepción amplia distingue entre:
 - Que el no autorizado para trabajar sea un extranjero autorizado para residir, el cual tendrá derecho a los mismos derechos que los nacionales, tal y como recoge la teoría restrictiva;
 - Que el no autorizado para trabajar sea un extranjero irregular, el cual sólo tendrá derecho al salario, en base al artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, respecto a los efectos del contrato nulo: «El trabajador podrá exigir, por el trabajo que hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido».

Uno de los supuestos de extranjeros no autorizados a trabajar son los estudiantes, aunque existe una excepción y es que éstos podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada siempre que no limite la prosecución de los estudios (art. 33.4).

El artículo 38 regula el permiso de trabajo por cuenta ajena en el que se recoge tanto la concesión inicial de los mismos como los supuestos para su renovación.

³ Cada uno de los autores mantiene una teoría. Teresa MARAÑÓN apoya la teoría restrictiva: opina que si el legislador hubiera querido incluir a los extranjeros ilegales habría recogido los términos «no autorizado para trabajar ni residir», mientras que Luis-Vidal DE MARTÍN apoya su tesis en la concepción amplia de que los no autorizados para trabajar son aquellos que no tienen acceso al derecho de trabajo.

Para la tramitación de permiso inicial hemos de tener en cuenta los siguientes aspectos:

El contrato de trabajo: hasta hace pocos días el contrato debía ser igual o superior a la vigencia máxima del permiso de trabajo. En el caso del permiso «b» inicial, la duración del contrato debería ser igual o superior a un año.

Pero con el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, hemos de entender que cambia la situación anterior, ya que esta norma incide en lo que hoy llamamos Derecho de Extranjería, cuando modifica el artículo 11.2 a) del Estatuto de los Trabajadores, en función del cual podrán celebrarse contratos para la formación con trabajadores extranjeros durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo. Además, para la realización de este contrato con los trabajadores extranjeros no opera el límite de edad de los veintiún años.

La duración mínima de estos contratos es de seis meses y máxima de dos años según el artículo 11.2 c) del propio Estatuto de los Trabajadores, con lo cual se podrá solicitar el permiso de trabajo inicial con un contrato formativo de seis meses, rebajando el anterior límite de un año que operaba en la práctica de la Administración, pudiendo extenderse el contrato hasta los dos primeros años de vigencia del permiso de trabajo.

Salario: es necesario que en las solicitudes iniciales de permisos de trabajo el salario iguale o supere al «salario mínimo interprofesional» que cada año fija el Gobierno.

Empresario o Empleador: la persona jurídica o física que contrata debe ser solvente. En el caso de empresas o autónomos la solvencia se acredita a través de los certificados emitidos por la Seguridad Social y la Agencia Tributaria como que están al corriente de los pagos de las cuotas y el cumplimiento de las obligaciones fiscales. Si el empleador es un cabeza de familia se presentará la última declaración de la renta o las tres últimas nóminas. Con la presentación de estos documentos la Administración persigue evitar los contratos en fraude de ley o de favor.

Jornada de trabajo: es aconsejable que la duración máxima de la jornada sea de 40 horas semanales, por razones de coherencia «salario-tiempo trabajado» y para contribuir a la estabilidad de la estancia del trabajador en España.

Para la concesión del permiso de trabajo inicial «b» se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, es decir, se concederá el permiso de trabajo si no hay españoles, extranjeros comunitarios y extranjeros con permiso de trabajo incluidos en las listas de desempleados demandantes de ese puesto de trabajo.

Para evitar la denegación de la concesión inicial de permiso de trabajo es conveniente que el empresario acuda a la oficina del INEM correspondiente al domicilio del centro de trabajo, demandando un trabajador para ese puesto de trabajo; si en un plazo conveniente no ha aparecido en la ofi-

cina del INEM ningún trabajador solicitando ese puesto de trabajo y que se adecue a las características del empleo, se podrá pedir al INEM que certifique dicha situación y que posteriormente se aportará a la solicitud de permiso de trabajo inicial.

También se tendrá en cuenta el régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero, es decir, se tendrá en cuenta el trato que reciban los españoles en sus países de origen, utilizando la Administración un criterio de equivalencia con respecto a los extranjeros que soliciten el permiso de trabajo en España.

No obstante, la nueva Ley de Extranjería, en su artículo 1.2 establece que «lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en Leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que España sea parte», lo que implica, además de cuanto resulta del artículo 96 de la CE, salvar específicamente la eficacia de los Tratados. Por ello, y en concreto, en aplicación de Convenios de doble nacionalidad suscritos por España con Chile y Perú⁴, las autoridades laborales españolas están obligadas a otorgar el permiso de trabajo a los súbditos chilenos y peruanos, lo que en la práctica supone la imposibilidad de considerar la situación nacional de empleo para la denegación de los permisos iniciales, y por tanto, la plena vigencia de la preferencia para el primer acceso al mercado laboral, aun sin estar recogida expresamente en la Ley de Extranjería⁵.

La duración de todos los tipos de permisos de trabajo es inferior a cinco años y podrá circunscribirse a un determinado territorio, sector o actividad pero la limitación opera únicamente en la concesión inicial (art. 38.3).

No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo (art. 40) cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a:

- La cobertura de puestos de confianza en las condiciones fijadas reglamentariamente.
- El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un permiso renovado.
- Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.
- Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.
- Los que hubieran gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la cesación de dicha condición por el motivo recogido en la Convención de Ginebra I C.5⁶.

⁴ Chile: Artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad de 24 de mayo de 1998. Perú: Artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad de 16 de mayo de 1959, ratificado por Instrumento de 15 de diciembre. Convenio de doble nacionalidad de 4 de marzo de 1964, modificado por Protocolo de 25 de agosto de 1995 (BOE de 5 de agosto de 2000).

⁵ ALARCÓN MOHEDANO, Ignacio: Cap. IV *Derecho de extranjería, migración y asilo*. FUFAP 2001.

⁶ La protección de la Convención de Ginebra cesará en el caso de haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida una persona como refugiada, no puede continuar negándose a la protección del país de su nacionalidad.

- Los extranjeros reconocidos como apátridas el año siguiente a la terminación del estatuto.
- Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
- Los extranjeros nacidos y residentes en España.
- Los hijos o nietos de español de origen.
- Los menores extranjeros en edad laboral con permiso de residencia y que sean tutelados por Entidad de protección de menores.
- Los extranjeros que obtengan el permiso de residencia por el procedimiento previsto en el artículo 31.3 de la Ley ⁷. La duración del permiso será de un año.

Para la concesión de permiso de trabajo por cuenta propia habrá que solicitar la autorización administrativa previa y cumplir los requisitos exigidos para los nacionales, tales como el alta en el Impuesto de Actividades Económicas, Censos, licencia de apertura, etc., y obtener del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la autorización prevista en el artículo 36 de la LO 4/2000 reformada.

3. Renovación del permiso de trabajo.

A la expiración del permiso de trabajo se podrá solicitar su renovación. El artículo 38.3 establece los supuestos de renovación y alguno de ellos se remite al futuro desarrollo reglamentario, con lo cual hay supuestos que no se encuentran plenamente vigentes. Respecto a lo actualmente vigente, el artículo 38.3 dice que se renovará el permiso si:

- Persiste o se renueva el contrato que motivó su concesión inicial o se cuente con una nueva oferta de empleo.
- El trabajador careciera de oferta de empleo pero tuviere derecho a prestación contributiva por desempleo.
- El extranjero es beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral.

Para el caso de que el contrato de trabajo se extinga con anterioridad a la vigencia del permiso de trabajo, al trabajador desempleado se le reconocerá la prestación por desempleo si cumple los requisitos legalmente establecidos, o bien podrá acceder a cualquier nueva oferta de trabajo.

⁷ La Administración podrá conceder permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como aquellos que acrediten una permanencia en España durante un período mínimo de cinco años.

En el supuesto de que el contrato se extinga al mismo tiempo que el permiso de trabajo podrá éste renovarse cuando el trabajador tenga reconocida la prestación por desempleo o pudiere tener derecho a ella.

Estarán comprendidos en el sistema de Seguridad Social, a efecto de las prestaciones de modalidad contributiva, cualesquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, tanto los españoles que residan en España como los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional.

Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, que residan legalmente en España se equiparan a los españoles a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva. Respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que dispongan los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales ⁸. De no existir éstos, se aplicarán los principios de reciprocidad tácita o expresa, es decir, se les dará el mismo tratamiento que reciben los españoles en su país de origen.

Hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 26 de octubre de 1992, sección 7ª, RAJ 8380, que recoge que la reciprocidad para los españoles en el país de origen del extranjero es predicable tan sólo respecto a la obtención del permiso de trabajo pero no respecto al acceso al sistema de Seguridad Social. No obstante, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, recoge que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con audiencia de los sindicatos más representativos o el colegio oficial competente, podrá, a instancia de los interesados, excluir del campo de aplicación del Régimen de Seguridad Social correspondiente, a las personas que desempeñen trabajo por cuenta ajena y en atención a su jornada o retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida ⁹.

Muchas son las dudas que surgen acerca del momento en que produce efectos la renovación de los permisos de trabajo; queremos recalcar que en los tres supuestos que contempla la Ley de Extranjería la renovación del permiso de trabajo es de carácter automático, es decir, con la expiración del permiso no se supone que se «acaba» la situación legal del extranjero y que dicha situación se reintegra cuando se obtiene la resolución que concede la renovación del permiso, sino que con la presentación de la solicitud de renovación se prorroga la validez del permiso anterior y se siguen devengando todos los derechos y deberes que hay para el trabajador extranjero tanto en el ámbito laboral como de Seguridad Social.

⁸ Véanse Acuerdos de cooperación de la Unión Europea con Argelia (Reglamento 2210/78, de 26 de septiembre), con Marruecos (Reglamento 2211/78, de 26 de septiembre), con Túnez (Reglamento 2212/78, de 26 de septiembre) y con Turquía (Decisión 3/80, de 19 de septiembre).

⁹ ALARCÓN MOHEDANO, Ignacio: Cap. IV *Derecho de extranjería, migración y asilo*. FUFAP 2001.

4. Excepciones al permiso de trabajo.

Al igual que en la Ley 7/1985 y en la LO 4/2000, la reforma contempla en el nuevo artículo 41 unos supuestos en los que no será necesaria la obtención de permiso de trabajo para determinadas situaciones de extranjeros y para el ejercicio por los extranjeros de determinadas actividades. Así están exentos de la obtención de permiso de trabajo:

Por la situación de los extranjeros (art. 41.3 y 41.1 j):

- Los extranjeros que se encuentren en situación de residencia permanente.
- Los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española.

Para el ejercicio por los extranjeros de determinadas actividades (art. 41.1):

- Los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados por el Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales.
- El personal directivo y el profesorado extranjero de instituciones culturales o docentes dependientes de otros Estados y privadas, que sean reconocidas oficialmente por España que vayan a ejecutar programas culturales o docentes de sus países respectivos.
- Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengán a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.
- Los miembros de misiones científicas que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizadas por el Estado.
- Los artistas que vengán a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada.
- Los ministros, religiosos o representantes de las Iglesias y confesiones debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto que limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.
- Los 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.

El procedimiento para acreditar estas excepciones se establecerá reglamentariamente.

5. La realización de trabajos de *au pair*.

La LO 4/2000, de 11 de enero (reformada), incorpora la posibilidad de realizar trabajos para una familia con el fin de compensar la estancia y mantenimiento en la misma mientras se produce el aprendizaje lingüístico o profesional, remitiendo a los Acuerdos Internacionales sobre *au pair* para determinar las condiciones de su ejercicio ¹⁰.

6. Régimen especial de los trabajadores de temporada.

El artículo 42 de la Ley de Extranjería contempla que se regularán a través del Reglamento, como régimen especial, los permisos de trabajo para extranjeros que vayan a realizar actividades de temporada o campaña. Este régimen les permite la entrada y salida en España de acuerdo con las características de dichas campañas y la información que le suministren las Comunidades Autónomas donde se promuevan.

Como requisito previo para la concesión de estos permisos de trabajo deberá garantizarse que los temporeros serán alojados en condiciones dignas y de adecuada higiene. Aunque la Ley no dice nada al respecto, probablemente esta obligación recaerá en los empresarios que los contraten.

Las Administraciones Públicas promoverán la asistencia de los adecuados servicios sociales.

7. Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios.

Dada la situación geográfica de España en la que mantenemos fronteras con Marruecos, es muy frecuente que nacionales de este país crucen la frontera para desempeñar su actividad laboral en nuestro territorio. La Ley de Extranjería recoge dicha realidad en el artículo 43.

Este supuesto de trabajadores que desarrollan la actividad en España y regresan diariamente a su lugar de residencia deberán obtener la autorización administrativa necesaria con los mismos requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general.

A través del Reglamento se establecerán las condiciones para el permiso de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios de acuerdo con la normativa vigente.

¹⁰ Convenio Europeo sobre la definición y la armonización de las condiciones que rigen la colocación *au pair*, ratificado por España el 24 de junio de 1998, con entrada en vigor el 12 de septiembre de 1998.

8. El contingente de trabajadores extranjeros.

Hay diferentes opiniones acerca de cuál es el origen en España del contingente de trabajadores extranjeros. Algunos autores piensan que tiene origen en las conclusiones de las Jornadas de Ombudsman en defensa de los Derechos Humanos celebradas en Madrid del 28 al 30 de mayo de 1992, que recogieron las preocupaciones por las tendencias restrictivas que se observan en algunas legislaciones sobre extranjeros, haciéndose un llamamiento para crear condiciones que hicieran posible el consenso con los países de desarrollo para adecuar de manera ordenada el flujo migratorio.

Otros autores ¹¹ opinan que el sistema de contingente en nuestro país responde más a necesidades internas y a los intereses del propio país, que a un esfuerzo igualador y de reparto de la riqueza.

Una tercera opinión ¹² sobre el origen del contingente es la de que este sistema es una copia de la operación *Gastarbeiter* o trabajadores invitados, método seguido habitualmente en los países europeos de larga tradición migratoria para reclutar mano de obra marroquí.

Lo cierto es que la figura del contingente no tiene su origen en la primera Ley de Extranjería (LO 7/1985) sino que se recogió posteriormente en el RD 155/1996, de 2 de febrero, como una posibilidad para traer mano de obra extranjera a zonas geográficas del país que lo necesitaran. Con la LO 4/2000 el contingente dejaba de ser posibilidad y se establecía su convocatoria anualmente.

La LO 8/2000 de reforma de la LO 4/2000 recoge que el Gobierno establecerá anualmente el contingente de trabajadores extranjeros, siempre que exista necesidad de mano de obra, en el que se fijará un número de ofertas de empleo con las características necesarias que se ofrezcan a dichos trabajadores *que no se hallen ni sean residentes en España*.

Para el establecimiento del contingente el Gobierno tendrá en cuenta tanto la situación nacional de empleo y las propuestas que le hagan las Comunidades Autónomas sobre el número de ofertas de empleo y las características profesionales de los trabajadores, como los informes del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones sindicales y empresariales.

9. Tipos de permisos de trabajo.

La reforma de la Ley de Extranjería no recoge nada sobre los tipos de permisos de trabajo, éstos en tanto no se publique el Reglamento que la desarrolle, sigue rigiéndose por el RD 155/1996, de 2 de febrero, salvo en los supuestos que contradigan las disposiciones de la reforma legislativa.

¹¹ Ignacio ALARCÓN MOHEDANO y Luis-Vidal DE MARTÍN SANZ en «Los Vicios en Extranjería». *Suplemento Revista Otrosí*.

¹² Seguida por Ángeles RAMÍREZ y por Teresa MARAÑÓN MAROTO.

Los permisos de trabajo y su duración siguen quedando de la siguiente manera en tanto que reglamentariamente no se establezcan nuevos tipos de permisos de trabajo y su tabla de equivalencias con los permisos anteriores a la Ley:

PERMISOS DE TRABAJO POR CUENTA AJENA	
PERMISO A	DURACIÓN: La del contrato que sustenta, aunque el máximo son 9 meses. Para actividades de temporada o campaña. Podrá limitarse a un sólo empresario, contrato de trabajo y ámbito geográfico.
PERMISO b (inicial)	DURACIÓN: UN AÑO. Puede limitarse a una concreta actividad, profesión y ámbito geográfico.
PERMISO B (renovado)	DURACIÓN: DOS AÑOS. Permite trabajar en varias profesiones o actividades. Se obtiene al renovar el «b» inicial.
PERMISO C	DURACIÓN: TRES AÑOS. Permite cualquier actividad en todo el territorio nacional. Se obtiene al renovar el «B».

PERMISOS DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA	
PERMISO d (inicial)	Para el ejercicio de una actividad concreta. Se puede limitar a un ámbito geográfico determinado.
PERMISO D	Pueden ejercerse varias actividades. Se obtiene al renovar el «d».
PERMISO E	Para cualquier actividad y ámbito geográfico. Se obtiene al renovar el «D».

PERMISOS DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA O AJENA	
PERMISO F	DURACIÓN: CINCO AÑOS (renovable). Para actividades lucrativas, laborales o profesionales, en ZONAS FRONTERIZAS, regresando al país vecino donde residen.

PERMISOS DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA O AJENA	
PERMISO PERMANENTE	DURACIÓN: INDEFINIDA (tarjeta renovable cada cinco años). Para cualquier actividad. Se obtiene al renovar el «C» o el «E».
PERMISO EXTRAORDINARIO	DURACIÓN: INDEFINIDA (tarjeta renovable cada cinco años). Para todo el territorio nacional y actividad. Pueden obtenerlo los extranjeros que contribuyan al progreso económico o cultural de España de forma notoria.

La reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, contempla en la Disposición Transitoria Primera que los permisos vigentes a la entrada en vigor de la Ley, conservarán su validez por el tiempo que hubieran sido expedidas.

Además recoge expresamente que las solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán conforme a la normativa vigente al tiempo de la solicitud, salvo que el interesado solicite la aplicación de lo previsto en la reforma legal.

Respecto a las solicitudes de renovación, los titulares de permiso de trabajo «b» podrán obtener un permiso de trabajo «C», y los permisos de trabajo «B» o «C», un permiso permanente.

IV. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

1. Clasificación de las infracciones.

La regulación de la potestad sancionadora en materia de extranjería, se recoge en la propia Ley Orgánica y en otras normas a las que se remite expresamente (Ley de Seguridad Ciudadana), y en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. También veremos que se establecen tres procedimientos sancionadores: el ordinario y preferente para infracciones contempladas en la LO 4/2000 reformada por LO 8/2000 y el procedimiento para sanciones laborales que es el previsto por el Texto Refundido.

Las infracciones tipificadas en la Ley de Extranjería están clasificadas como leves, graves y muy graves. La Ley de Infracciones del Orden Social establece tres grupos según el bien jurídico protegido: infracciones de las obligaciones en relación con las prestaciones transnacionales, infracciones en materia de emigración y movimientos migratorios internos, e infracciones en materia de permisos de trabajo de extranjeros.

• INFRACCIONES TIPIFICADAS EN LA LEY DE EXTRANJERÍA**Infracciones leves (art. 52)**

- a) La omisión o retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral, cuando les sean exigibles por la normativa aplicable.
- b) También el retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado.
- c) Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal.

Dichas infracciones podrán ser sancionadas con multas de hasta cincuenta mil pesetas (art. 55.1 a).

Infracciones graves (art. 53)

- a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueran exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo reglamentariamente previsto.
- b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.
- c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a la nacionalidad, estado civil o domicilio.
- d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Extranjería.
- e) La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.
- f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana ¹³.

¹³ El artículo que recoge las infracciones graves de esta Ley es el 23 y establece lo siguiente:

- a) Fabricación, tenencia y almacenamiento de armas o explosivos.
- b) Falta de medidas de seguridad en el almacenamiento de armas y explosivos.

- g) Las salidas del territorio español por puestos no habilitados sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas.

Dichas infracciones serán sancionadas con multas por importe superior a cincuenta mil hasta un millón de pesetas [art. 55.1b)]. Sin embargo **podrá aplicarse la sanción de expulsión en vez de multa a los apartados a), b), c), d) y f) anteriormente redactados.**

Infracciones muy graves (art. 54)

Son infracciones muy graves:

- a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana ¹⁴.

- c) Infracciones del Derecho de Reunión.
 d) Apertura de establecimientos y celebración de espectáculos sin autorización.
 e) La superación del foro admitido en locales o establecimientos.
 f) Celebración de espectáculos o actividades quebrantando la prohibición o suspensión de entrada.
 g) Provocar al público alterando la seguridad ciudadana.
 h) Tolerancia del consumo de drogas en locales públicos.
 i) Infracción de la navegación de embarcaciones de alta velocidad.
 j) La alegación de datos o circunstancias falsos para la obtención de documentos.
 k) Carencia de registros para actividades con trascendencia para la seguridad ciudadana (armas y explosivos).
 l) Negativa u obstaculización de ejercicios inspectores o controles reglamentarios.
 m) Originar desórdenes o graves daños a los bienes de uso público.
 n) Apertura de establecimiento sin autorización o sin adoptar medidas de seguridad.
 ñ) Comisión de una tercera infracción leve. También se considera infracción muy grave (art. 25 LO 1/1992) «Consumo de drogas en lugares públicos o tenencia de drogas siempre que no sea delito.»

¹⁴ Se consideran actividades muy graves de la anterior Ley las recogidas en el listado siguiente **cuando por la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o peligro a la salud o alteren los servicios públicos, transportes colectivos, o los abastecimientos o se hubiera producido con violencia o amenaza colectiva:**

- a) Fabricación, tenencia, almacenamiento de armas o explosivos.
 b) Falta de medidas de seguridad en el almacenamiento de armas y explosivos.
 c) Infracciones del Derecho de Reunión.
 d) Apertura de establecimientos y celebración de espectáculos sin autorización.
 e) La superación del foro admitido en locales o establecimientos.
 f) Celebración de espectáculos o actividades quebrantando la prohibición o suspensión de entrada.
 g) Provocar al público alterando la seguridad ciudadana.
 h) Tolerancia del consumo de drogas en locales públicos.
 i) Infracción de la navegación de embarcaciones de alta velocidad.
 l) Negativa u obstaculización de ejercicios inspectores o controles reglamentarios.
 n) Apertura de establecimiento sin autorización o sin adoptar medidas de seguridad.

- b) Inducir, promover, favorecer o facilitar formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito.
- c) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley siempre que el hecho no constituya delito.
- d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.
- e) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.
- f) Transporte de extranjeros sin comprobar que se cumplen los requisitos de entrada [art. 54.2 a)].
- g) El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo del extranjero transportado y que no haya sido autorizado a entrar en España [art. 54.2.b)].

Dichas infracciones serán sancionadas con multa de uno a diez millones de pesetas [art. 55.1c)]. Sin embargo **podrá aplicarse la sanción de expulsión en vez de multa a los apartados a), b), c) d) y e) anteriormente redactados.**

2. Prescripción de las infracciones y sanciones previstas en la Ley de Extranjería.

- Prescripción de infracciones (art. 56.1):
 - Las infracciones leves prescriben a los seis meses.
 - Las infracciones graves prescriben a los dos años.
 - Las infracciones muy graves prescriben a los tres años.
- Prescripción de sanciones (art. 56.2):
 - Las sanciones impuestas por infracciones leves prescriben al año.
 - Las sanciones impuestas por infracciones graves prescriben a los dos años.
 - Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescriben a los cinco años.
- Prescripción de la expulsión (art. 56.3):

El tiempo de la prescripción de la expulsión empieza a contar transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de 10 años.

3. Procedimientos sancionadores en materia de extranjería.

La reforma introducida en la Ley de Extranjería mediante la Ley Orgánica 8/2000 nos permite agrupar las diferentes infracciones (leves, graves y muy graves) según la naturaleza del bien jurídico protegido por un procedimiento establecido expresamente así:

- Procedimiento ordinario: para infracción de normas de policía, normas de seguridad y transporte sancionables económicamente o con expulsión de carácter no preferentes.
- Procedimiento preferente: sólo para expulsiones de carácter preferente.

• Procedimiento ordinario

Corresponde al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales la imposición de las sanciones por infracción de la Ley de Extranjería. Existe por tanto una separación entre órgano instructor y órgano sancionador. El instructor y el secretario del expediente serán normalmente funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

Se distinguen por tanto las siguientes fases:

– Incoación:

Se iniciará por acta de la Brigada de Documentación del Cuerpo Nacional de Policía en virtud de actuaciones practicadas de oficio o por orden de un superior jerárquico.

– Alegaciones:

El acta se notificará al interesado, quien podrá formular alegaciones en su defensa y proponer la prueba que sea necesaria ante el mismo órgano que le notificó la resolución.

– Propuesta de resolución y trámite de audiencia:

Transcurrido el plazo de alegaciones, y realizadas las diligencias necesarias, se notificará propuesta de resolución al interesado, quien podrá alegar de nuevo, elevándose dicha propuesta al Delegado o Subdelegado de Gobierno para su resolución.

– Resolución:

A la vista de las actuaciones practicadas, el órgano competente dictará la resolución correspondiente.

– Recurso:

Notificada la resolución cabrá interponer recurso potestativo de reposición o Contencioso-Administrativo ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia si agota la vía administrativa o Recurso de alzada para el caso de que no agote la vía administrativa.

Para la graduación de las sanciones habrá que atenerse a los criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y el daño producido o riesgo derivado de la infracción y su trascendencia, así como la capacidad económica del infractor a los efectos de determinar la cuantía de la sanción.

• **Procedimiento de expulsión preferente**

El procedimiento se regula en el artículo 63 de la Ley de Extranjería. Los extranjeros podrán ser expulsados de España cuando incurran en alguno de los supuestos del artículo 53 a), d) y f) y artículo 54 .1 a) y b) estudiados anteriormente. El procedimiento se caracteriza por su acortamiento de plazos.

Fases del procedimiento:

– Incoación, notificación inmediata de la propuesta, y medidas cautelares en su caso.

Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado para que alegue lo que se considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas.

En estos casos la policía tendrá la posibilidad de detener al extranjero con carácter cautelar mientras se sustancia el expediente, teniendo derecho a la asistencia letrada (particular o de oficio) e intérprete.

– Alegaciones en cuarenta y ocho horas.

Dentro del plazo de cuarenta y ocho horas el interesado podrá presentar cuanta documentación, justificantes y alegaciones estime pertinentes, las cuales serán tenidas en cuenta para seguir adelante el expediente sancionador o archivarlo por falta de causa.

– Resolución.

Transcurrido dicho plazo, presentadas o no las anteriores alegaciones, el expediente se elevará a la autoridad competente para sancionar (Delegado o Subdelegado del Gobierno) quien a la vista de lo actuado y las alegaciones presentadas en su caso, dictará resolución que podrá acordar la expulsión o no.

– Recurso.

Contra la resolución de expulsión cabe recurso potestativo de reposición o recurso Contencioso-Administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia. Se podrá solicitar en este supuesto la suspensión de la orden de expulsión como medida cautelar hasta la resolución definitiva mediante sentencia del recurso.

La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LAS INFRACCIONES LABORALES Y AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA LABORAL

En atención a la importancia que tienen las infracciones en el orden laboral y para mejor comprensión de las mismas hemos creído conveniente recopilar todas las infracciones laborales en materia de extranjería aun asumiendo el peligro de reiterarnos.

Las infracciones en materia laboral, están distribuidas en dos Leyes, la propia Ley de Extranjería y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, distinguiendo por tanto cuatro grupos. Como se verá existen infracciones que están tipificadas doblemente.

1. Infracciones laborales tipificadas en la Ley de Extranjería (LO 4/2000).

Infracción leve (art. 52): encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia cuando se cuente con permiso de residencia temporal.

Infracción grave (art. 53): encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

Infracción muy grave (art. 54): la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados ¹⁵.

¹⁵ Se podrán decretar la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años (art. 55.6).

2. Infracciones de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación transnacional, tipificadas en el Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social ((RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto).

Infracción leve (art. 10.1): constituyen infracciones leves los defectos formales de la comunicación de desplazamiento de trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, en los términos legalmente establecidos.

Infracción grave (art. 10.2): la presentación de la comunicación de desplazamiento con posterioridad a su inicio.

Infracción muy grave (art. 10.3): la ausencia de comunicación de desplazamiento, así como la falsedad o la ocultación de los datos contenidos en la misma.

También constituyen infracciones administrativas, no garantizar a los trabajadores desplazados a España, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española en los términos definidos por el artículo 3 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, disposiciones reglamentarias para su aplicación, y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de la actividad de que se trate. La tipificación de dichas infracciones, su calificación como leves, graves y muy graves, las sanciones y los criterios para su graduación, se ajustarán a lo dispuesto en Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social ¹⁶.

3. Infracciones en materia de emigración y movimientos migratorios internos tipificadas en el Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto).

Son infracciones en materia de emigración y movimientos migratorios laborales las acciones u omisiones de los siguientes sujetos: transportistas, agentes, consignatarios, representantes, trabajadores y en general las personas físicas o jurídicas que intervengan en operaciones de emigración o movimientos migratorios.

Son infracciones leves (art. 34):

- La modificación de las condiciones de la oferta para emigrar, una vez autorizada administrativamente, si no causa perjuicio grave para los emigrantes.

¹⁶ El Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social deroga expresamente los artículos 10 a 13 de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios transnacionales.

- No presentar los contratos de trabajo para su visado por la autoridad laboral, o no entregar al trabajador la copia del contrato ya visado.
- La inaplicación de los descuentos establecidos para el transporte de los emigrantes.

Son infracciones graves (art. 35):

- La difusión por cualquier medio de ofertas de trabajo para el extranjero sin la obtención de la preceptiva autorización administrativa.
- La modificación de las condiciones de la oferta para emigrar una vez autorizada administrativamente, si causa perjuicio grave para los emigrantes.
- La ocultación, falsificación o rectificación de cláusulas sustanciales de un contrato ya visado.
- El desplazamiento del trabajador al país de acogida sin la documentación necesaria o la retención injustificada por la empresa de dicha documentación.
- La contratación de marinos españoles por cuenta de empresas armadoras extranjeras realizada por personas o entidades no autorizadas por la autoridad laboral para realizar ese cometido.

Son infracciones muy graves (art. 36):

- El establecimiento de cualquier tipo de agencias de reclutamiento de emigrantes.
- La simulación o engaño en el reclutamiento o en la contratación de los emigrantes.
- El abandono de trabajadores emigrantes en país extranjero por parte del empresario contratante, o de sus representantes autorizados.
- El cobro a los trabajadores de comisión o precio por su reclutamiento.
- La obtención fraudulenta de ayudas a la emigración y movimientos migratorios interiores, ya sean individuales o de reagrupación familiar, o la no aplicación o aplicación indebida de dichas ayudas.

4. Infracciones en materia de permisos de trabajo extranjeros tipificadas en el Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto).

El artículo 37 del Texto Refundido considera conductas constitutivas de infracción muy grave determinadas acciones en materia de permisos de trabajo. Debemos señalar que el artículo 37.1 es similar al artículo 54.1 d) de la Ley de Extranjería, aunque éste es contemplado como infracción muy

grave conllevando la posibilidad del cierre del establecimiento incluso la expulsión. También el artículo 37.2 y el artículo 53 b de la Ley de Extranjería son artículos de similar contenido e igual tratamiento de gravedad.

Desde luego la Ley posterior y de mayor rango (Ley Orgánica de Extranjería) no deroga expresamente estos preceptos por lo que habrá que interpretar si hay derogación parcial de los mismos.

Se consideran conductas constitutivas de infracción muy grave las de:

- Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado.
- Los extranjeros que ejerzan en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia, sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo, o no haberlo renovado.
- Las de las personas físicas o jurídicas que promuevan, medien o amparen el trabajo de los extranjeros en España sin el preceptivo permiso de trabajo.

En relación con las **sanciones** se recogen en el cuadro siguiente, existiendo diferentes tipos según se trate de infracciones de la Ley de Extranjería o infracciones del Orden Social. Las primeras infracciones se sancionarán con multa para los casos leves y multa o expulsión para las graves o muy graves. En esta última se podrá también decretar la clausura del establecimiento. Las infracciones contempladas en la Real Decreto Legislativo 5/2000 se sancionarán con multa.

INFRACCIONES	LEVES	GRAVES	MUY GRAVES
LEY EXTRANJERÍA	Multa hasta 50.000	Multa más de 50.000 hasta un 1.000.000 ptas. o expulsión	Multa más de 1.000.000 hasta 10.000.000 ptas. o expulsión
PRESTACIONES TRANSNACIONALES	Multa de 5.000 a 50.000 *	Multa de 50.001 a 500.000 *	Multa de 500.001 a 15.000.000 *
EMIGRACIÓN	Multa de 5.000 a 50.000 *	Multa de 50.001 a 500.000 *	Multa de 500.001 a 15.000.000 *
PERMISOS TRABAJO	Multa de 5.000 a 50.000 *	Multa de 50.001 a 500.000 *	Multa de 500.001 a 15.000.000 *

* El artículo 40 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social subdivide en grados mínimo, medio y máximo las infracciones. En el cuadro se recoge la extensión global de la sanción.

Las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, pudiendo imponerse en su grado mínimo, medio o máximo.

• COMPETENCIA

Existe duplicidad de competencias:

La competencia sancionadora por infracción de los preceptos laborales recogidos en la Ley de Extranjería corresponde al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales (art. 55.2).

La competencia para sancionar ¹⁷ infracciones laborales en materia de extranjería tipificadas en el Texto Refundido de la Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social corresponde a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social:

- A la autoridad competente en el ámbito provincial hasta 1.000.000 de pesetas.
- Al Director General competente hasta 5.000.000 de pesetas.
- Al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales hasta 10.000.000 de pesetas.
- Al Consejo de Ministros a propuesta del de Trabajo y Asuntos Sociales hasta 15.000.000 de pesetas.

• PROCEDIMIENTO

El artículo 55.2 de la Ley de Extranjería (último párrafo) establece que las infracciones laborales se iniciarán mediante el levantamiento de la oportuna acta por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo con el procedimiento establecido en el Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Por tanto, todas las infracciones laborales en materia de extranjería se rigen por el artículo 51 y 52 de dicho texto refundido que establece, sin perjuicio del Reglamento que dicte en su momento el Gobierno, que deberá ajustarse a los siguientes trámites:

¹⁷ Todo ello sin perjuicio de las competencias en materia de ejecución de la legislación del orden social que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas, las cuales serán ejercidas por los órganos que determine cada Comunidad Autónoma (art. 48.5 TR LISOS).

- a) El procedimiento se iniciará de oficio por acta ¹⁸ de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- b) El acta será notificada por la citada Inspección al sujeto o sujetos responsables, que dispondrán de un plazo de quince días para formular alegaciones que estimen pertinentes en defensa de su derecho, ante el órgano competente para dictar resolución.
- c) Transcurrido el indicado plazo y previas las diligencias necesarias, si se hubieren formulado alegaciones se dará nueva audiencia al interesado por término de ocho días, siempre que de las diligencias se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el acta.
- d) A la vista de lo actuado, por el órgano competente se dictará la resolución correspondiente.
- e) Contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores se podrán interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan (art. 54 TR LISOS).

VI. DELITOS CONTRA LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

Por último, queremos resaltar la lucha decidida por lo poderes públicos de endurecer tanto el tráfico ilegal de mano de obra, así como el tráfico de seres humanos. La reforma penal se produjo con la original LO 4/2000, la cual mediante sus disposiciones finales endurecía las penas por estos delitos. Con la reciente reforma no se ha modificado el Código Penal, sin embargo son constantes en los medios de comunicación las declaraciones de los responsables en seguridad ciudadana, y en materia de extranjería, que afirman su voluntad de tomar medidas a nivel comunitario para combatir las mafias de tráfico de seres humanos.

La regulación penal existente en España recoge dentro del título de protección de los derechos de trabajadores, determinados artículos aplicables también a ciudadanos extranjeros, en concreto aquellos que contemplan la restricción o supresión de derechos.

¹⁸ El acta reflejará:

Los hechos constatados por el Inspector de Trabajo o Subinspector de Empleo y Seguridad Social actuante destacando los relevantes a efectos de la determinación y tipificación de la infracción y de la graduación de la sanción; la infracción que se impute, con expresión del precepto vulnerado; la calificación de la infracción, en su caso la graduación de la sanción, la propuesta de sanción y su cuantificación y en los supuestos en que exista posible responsabilidad solidaridad se hará constar tal circunstancia.

El artículo 311 del Código Penal, establece que serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Si las conductas reseñadas se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.

También el tráfico ilegal de mano de obra constituye delito independientemente de la nacionalidad que tenga el trabajador, sin embargo sabemos que los mayores casos de tráfico de mano de obra ilegal se están produciendo con ciudadanos extranjeros. El artículo 312 establece que serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra, así como quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

También el que simulando colocación o esgrimiendo engaño, así como el que colaborare o participe de forma alguna en la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena de dos a cinco años de prisión y multa (art. 313 del CP).

En cuanto a la política de lucha contra la discriminación, el legislador no sólo contempla las medidas antidiscriminatorias recogidas en los artículos 23 y 24 de la Ley de Extranjería, de carácter administrativo, sino que se contemplan responsabilidades penales para los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de sexo u orientación sexual, situación familiar, enfermedad, minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado Español.

Dicha responsabilidad penal será exigible, cuando los responsables requeridos o sancionados administrativamente no restablecen la situación de igualdad ante la Ley, reparando los daños económicos que se hayan derivado. Las penas que establece el artículo 314 son la prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses.

Por último debemos señalar la creación de un nuevo título XV bis en el Código Penal denominado «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» con finalidad de protección exclusiva de los trabajadores emigrantes, sin embargo hemos visto que hay otros preceptos de protección de los trabajadores que se encuentran en diferente títulos.

La intención del legislador ha sido dejar sin escapatoria a los delincuentes haciendo una prolija descripción de comportamientos: los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas de tal forma que la participación, complicidad o encubrimiento están asimilados a la auto-

ría. También se intentan evitar efectos distorsionantes de la legislación anterior que generaron sentencias absolutorias para personas que transitaban por España con mano de obra ilegal con destino a terceros países, de ahí que el artículo 318 bis hable de realizar el tráfico ilegal desde España, con tránsito o con destino a nuestro país, castigándolo con penas de prisión de seis a tres años y multa de seis a doce meses.

Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas anteriormente, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.

En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.