

**LOS DERECHOS SOCIALES Y SINDICALES EN EL NUEVO
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA A
LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES
ASUMIDAS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS: UN ANÁLISIS CRÍTICO**

Núm.
13/2002

TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ

*Becario FPU.MEC. Departamento de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ

*Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones
Internacionales. Doctor en Derecho. Universidad de Sevilla*

Extracto:

EL presente trabajo es un análisis crítico que muestra que la distinción introducida por el legislador español en los apartados 5, 6, 11 y 16 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, entre extranjeros «residentes» y «no residentes» para el goce de algunos derechos sociales fundamentales, no sería conforme con las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, vinculante para España desde 1979. De este hecho se derivaría la inconstitucionalidad de dicha regulación, a la luz del artículo 10.2 de la Constitución, así como la eventual responsabilidad internacional por violación del Convenio si fuera objeto de demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Contenido y límites de los derechos sociales y sindicales de los inmigrantes en España.
 - a) De conformidad con la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (la LOEx).
 - b) A la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- III. Los inmigrantes como titulares de derechos sociales y sindicales.
 - a) La distinción prevista en la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 para situaciones de regularidad e irregularidad de inmigrantes en España.
 - b) El artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la cláusula «dependiente de la jurisdicción de un Estado Parte en el Convenio».
- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la inmigración, tras los cambios introducidos en su regulación en España con la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre ¹, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de *derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* ² (la LOEx), viene siendo objeto de atención por parte de juristas, sociólogos y, en general, de todas aquellas personas que desde un plano teórico o práctico están en permanente contacto con esta materia. La creciente demanda de estudios y de análisis sobre la pluralidad de cuestiones relacionadas con los inmigrantes y su nueva regulación en nuestro país explican la proliferación de trabajos producidos desde las más diversas disciplinas del saber: desde la antropología social hasta la ciencia económica. Sin duda, todo ello puede provocar una cierta sensación de «saturación» y, quizá, el riesgo a un posible rechazo a «otro trabajo más» sobre la regulación de los inmigrantes en España. Conscientes de dicho riesgo, los autores del presente estudio hemos querido aportar un nuevo enfoque de análisis jurídico –de conformidad con nuestra formación investigadora– que, reuniendo las características de novedad, relevancia y pragmatismo, pretende completar los trabajos ya realizados sin caer en la redundancia. Este nuevo enfoque, desarrollado en las páginas siguientes, lo aporta el análisis crítico de la regulación de los derechos sociales y sindicales de los inmigrantes en España a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el Convenio) ³.

¿Por qué prestar atención a las obligaciones internacionales asumidas por España en materia de derechos y libertades?, y, ¿por qué el Convenio Europeo de Derechos Humanos y no otros Tratados internacionales como los Convenios OIT o la Carta Social Europea?

¹ BOE de 23 de diciembre de 2000.

² BOE de 12 de enero de 2000.

³ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 –España lo firmó el 24 de noviembre de 1977 y lo ratificó el 4 de octubre de 1979 (BOE de 10 de octubre de 1979): Objeto de sucesivas modificaciones, la última de las cuales ha sido la introducida por el Protocolo Adicional n.º 11, de 11 de mayo de 1994, en vigor desde el 1 de noviembre de 1998 –ratificado por España el 28 de noviembre de 1996 (BOE de 26 de junio de 1998; corrección de errores: BOE de 17 de septiembre de 1998)–.

En relación con la primera cuestión, debemos señalar que aunque es de agradecer la referencia a los Tratados internacionales en el artículo 3 de la LOEx, relativa a los derechos de los extranjeros y a la interpretación de las normas⁴, nos sorprende el punto IV de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, cuando señala que:

«Respecto a la modificación del Título I, cuyo contenido es especialmente importante, se ha perseguido cumplir el mandato constitucional del artículo 13 que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la misma, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley (...) Se ha conjugado este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país miembro de la Unión Europea.»

¿Habrà que recordar al legislador español que además de ser Estado Miembro de la Unión Europea, España es Estado Parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos desde finales de los años setenta? ¿Habrà que recordarle la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 1999, en el *caso Matthews contra el Reino Unido*, declarando la responsabilidad de dicho Estado por no permitir –¡aun cumpliendo disposiciones de Derecho Comunitario primario!– participar a los residentes en Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo, o la demanda n.º 56672/00, en el *asunto DSR-Senator Lines GmbH* contra los quince Estados Miembros de la Unión Europea, admitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el pasado 4 de julio de 2000, en relación con una posible violación de los artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio, como consecuencia del procedimiento sancionador aplicado a esta empresa por la Comisión Europea? ¿Habrà, en definitiva, que advertirle que los compromisos asumidos por un Estado Miembro de la Unión Europea no le eximen de las obligaciones contraídas como Estado Parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos?⁵

⁴ Artículo 3 de la LOEx. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas: 1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

⁵ Parágrafo 32 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante STEDH), de 18 de febrero de 1999, en el *caso Matthews contra Reino Unido*: «The Convention does not exclude the transfert of competences to international organisations provided that Convention rights continue to be "secured". Member States' responsibility therefore continues even after such a transfert». (El Convenio no prohíbe la transferencia de competencias a organizaciones internacionales siempre y cuando los derechos reconocidos en el Convenio continúen estando asegurados. Así pues, la responsabilidad de los Estados partes en el mismo continúa vigente incluso después de dicha transferencia) (la traducción es nuestra).

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha insistido en reiteradas ocasiones ⁶ que en el terreno de los derechos fundamentales, la interpretación sistemática de la Constitución obliga a tener presente *los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos* y, muy particularmente, las decisiones emanadas de los órganos de garantía de carácter jurisdiccional en éstos previstos ⁷ (la cursiva es añadida). Por expresarlo con las palabras de SAIZ ARNAIZ, galardonado con el Premio Rafael Martínez Emperador (1998) del Consejo General del Poder Judicial:

«cuando la Constitución española alude al contenido esencial de los derechos fundamentales del Capítulo II de su Título Primero (art. 53.1) para imponerlo como un límite al legislador, está reconociendo implícitamente que, puesto que sólo el Tribunal Constitucional puede fiscalizar el comportamiento normativo de las Cortes Generales, corresponderá a dicho órgano la concreción de cuál sea, para cada derecho, aquel contenido esencial presente en la Constitución (...) Si esto es así, si el Tribunal Constitucional tiene la última palabra sobre cuál pueda ser el contenido mínimo o esencial de los derechos fundamentales y si, en esa tarea interpretativo-integrativa el Tribunal ha de proceder de conformidad con los tratados internacionales, la conclusión parece obligada: aquel contenido mínimo debe incorporar (en el sentido de no contradecir) las facultades, garantías o posiciones jurídicas en las que el derecho fundamental se despliega de acuerdo con tales tratados. Esa misma vinculación obliga al Poder Legislativo cuando desarrolla o regula el ejercicio de los derechos.» ⁸

⁶ Vid. *inter alia*: STC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3.º; STC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 2.º; STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 3.º; STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.º; STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5.º; STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 4.º; STC 140/1995, de 28 de septiembre, FJ 6.º; STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2.º. Más recientemente y en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase la STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000, FJ.º 7, publicada en el BOE de 4 de mayo de 2000, n.º 107, suplemento. «Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución española proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente [...] Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugne la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias, este Tribunal ha reconocido la importante función hermeneútica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 78/1982, de 20 de diciembre y 38/1985, de 8 de marzo) y muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 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 (STC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril). (La cursiva es añadida).

⁷ SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española* (Premio Rafael Martínez Emperador 1998), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 210-211. Como señala este autor, «el segundo apartado del artículo 10 de la Constitución no impone la presencia material –escrita– en la argumentación del Tribunal de referencias o remisiones que avalen el uso de textos internacionales en el proceso racional que conduce a la sentencia (...) A lo que el artículo 10.2 de la Constitución obliga es a que el contenido predicable de los derechos, fruto de la actividad interpretativa desplegada por el Tribunal en cuestión, sea conforme con el que resulta de aquellos textos internacionales». *Op. cit.*, pág. 206. La cursiva es añadida.

⁸ SAIZ ARNAIZ, A.: *op. cit.*, pág. 231.

En relación con la segunda cuestión relativa a la preferencia del Convenio sobre otros tratados internacionales en materia de derechos humanos validamente celebrados por España, como, por ejemplo, los Convenios OIT⁹ o la Carta Social Europea¹⁰, la respuesta se halla en el signo distintivo del Convenio que, a diferencia de otros Tratados internacionales en materia de derechos humanos, ha instituido un mecanismo jurisdiccional para garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en él¹¹. Desde el 1 de noviembre de 1998, fecha de entrada en vigor del Protocolo Adicional n.º 11, tras haber sido modificado en profundidad, el mecanismo de garantía jurisdiccional del sistema del Convenio se caracteriza por ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el único órgano jurisdiccional con competencia para decidir si se han violado los derechos reconocidos en el sistema del Convenio. Este órgano jurisdiccional tiene carácter permanente (art. 19 del Convenio), y su jurisdicción es obligatoria tanto respecto de las demandas interestatales como de las individuales (arts. 33 y 34 del Convenio, respectivamente). Los particulares que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio directamente pueden deducir una demanda ante Tribunal tras haber agotado los recursos internos previstos en el ordenamiento del Estado presuntamente autor de la violación del Convenio (art. 35.1 del Convenio).

En consecuencia, con este trabajo se pretende responder a la pregunta de si es conforme con el Convenio la regulación de los derechos sociales y sindicales de los extranjeros en España, en especial, la distinción introducida por el legislador español en los apartados 5, 6, y 11 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000 de 12 de enero¹², entre extranjeros en situación regular o irregular¹³, para el goce de algunos de los derechos fundamentales, tales como las libertades de reunión, manifestación, asociación, de sindicación y huelga. Si al final del presente estudio la conclusión alcanzada fuera negativa, entonces habría que apuntar dos consecuencias: la primera, e inmediata, sería la inconstitucionalidad de las disposiciones de la LOEx, por vulneración del contenido esencial de esos derechos sociales fundamentales, a la luz de la obligación que el artículo 10.2 de la Constitución impone al Tribunal Constitucional en el sentido, ya apuntado, de que dicho contenido esencial no puede contradecir el contenido de esos derechos como son interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al aplicar el Convenio. La segunda consecuencia, even-

⁹ Los Convenios OIT ratificados por España pueden verse en: DE LA VILLA GIL, L. E. y otros: *Leyes Sociales Internacionales y Comunitarias*, Vols., I y II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998. Igualmente, en la dirección de internet: www.ilo.org/public/spanish/sitemap.htm

¹⁰ La Carta Social Europea fue adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961. Desde 1980 España es Estado Parte en ella (BOE de 26 de junio de 1980), pero no así en el Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988, que la completa, ni en el texto revisado de la misma, de 1996 –en vigor desde julio de 1999–. El texto actualizado puede consultarse en la dirección de internet: www.humanrights.coe.int/cseweb/GB/index.htm

¹¹ *Caso Golder*. Opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1 de junio de 1973. Serie B, vol. 16, pág. 40: «La función del Convenio y el objetivo de su interpretación es hacer eficaz la protección del individuo». Pueden verse, en el mismo sentido: el *caso Soering*. STEDH de 7 de julio de 1989, pará. 87, y el *caso Loizidou c. Turquía*. STEDH de 18 de diciembre de 1996, pará. 43.

¹² También en el apartado 16 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, relativo al derecho a la asistencia jurídica gratuita, del que nos ocuparemos más adelante.

¹³ El término empleado en la LOEx es el de extranjero «residente». Se trata, en nuestra opinión, de un eufemismo, por cuanto de su exposición de motivos y de su articulado, parece fuera de duda la intención del legislador español de permitir el ejercicio de estos derechos a los extranjeros residentes *de iure* y *no de facto*.

tual pero tan real como la anterior, sería la probable declaración de la responsabilidad internacional de España por violación del Convenio cuando fuera objeto de demandada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SINDICALES DE LOS INMIGRANTES EN ESPAÑA

a) De conformidad con la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (la LOEx).

Básicamente, los derechos reconocidos en la LOEx pueden ordenarse en tres grandes grupos: derechos de contenido político, de contenido social y de marcado carácter sindical, respectivamente.

Los primeros se recogen en los artículos 4, 5 y 6, que establecen respectivamente el derecho de los extranjeros a la documentación, a la libertad de circulación y a la participación pública. El primero reconoce el derecho y deber de los extranjeros de conservar su documentación y de no verse privados de ella salvo en los supuestos en que así lo establezca esta Ley ¹⁴ y la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana ¹⁵. El segundo reconoce a los extranjeros que se encuentren en España, conforme a lo establecido en el Título II de la LOEx ¹⁶, el derecho a circular libremente y a fijar su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme. Únicamente podrá ser objeto de limitación tal derecho por razones de alcance general, como la declaración de estado de sitio o excepción, y excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Por último, el tercero establece el derecho de los extranjeros al sufragio en las elecciones municipales, pero atendiendo al criterio de reciprocidad, en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos. Junto con este derecho, se reconoce asimismo a los extranjeros la posibilidad de empadronarse en el municipio en el que residan, ostentando asimismo derecho a las ventajas que tal empadronamiento pudiese repercutirles.

Los derechos de contenido social vienen recogidos principalmente en los artículos 9, 10, 12, 13, 14 y 16 de la LOEx. En el primero se reconoce el derecho de los extranjeros a la educación, derecho que alcanza tres niveles, como a continuación delimitaremos; básicamente, para los extranjeros

¹⁴ Concretamente, como recoge el artículo 61 de la LOEx, la adopción de medidas cautelares como la retirada del pasaporte y de la documentación.

¹⁵ Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero.

¹⁶ Es decir, se haría referencia a que el extranjero se encontrase en situación «regular» en nuestro país. Será ésta una idea sobre la que volveremos a detenernos más adelante, por las importantes matizaciones que puede plantear.

menores de dieciocho años, el derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprenderá el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. También se establece un mandato a la Administración para promover el número de plazas necesarias en los casos de educación infantil voluntaria. Finalmente, se reconoce el derecho de los extranjeros a la educación de naturaleza no obligatoria y a la obtención de las titulaciones correspondientes, así como el acceso al sistema público de becas y ayudas. En el artículo 10 se recoge el derecho al trabajo y a la Seguridad Social; el primero de ellos, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, se reconoce a «los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen»; se tratará básicamente del permiso de trabajo regulado en los artículos 36 y siguientes, que podrá ser para la realización de trabajos por cuenta propia y cuenta ajena. El derecho a la Seguridad Social viene reconocido para los extranjeros de conformidad con la legislación vigente¹⁷. Este derecho viene reiterado posteriormente en el artículo 14, que lleva por rúbrica «Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales»; en él se reconoce el derecho de los extranjeros residentes a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social¹⁸, así como a los servicios y prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos, como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles; además, junto a este derecho reconocido a los trabajadores emigrantes se reconoce a los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Por su parte, el artículo 12 reconoce a los extranjeros el derecho a la asistencia sanitaria; derecho que también se configura alrededor de varios niveles. Básicamente la distinción se encuentra según el tipo de asistencia y la situación legal del extranjero. Así, en el caso de encontrarse inscrito en el padrón municipal del municipio en el que residen habitualmente¹⁹, tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Junto con esta asistencia sanitaria «ordinaria» y reservada para los inmigrantes empadronados en un municipio, se viene a reconocer el derecho a los extranjeros que se encuentren en España a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta el alta médica. En este caso, la asistencia sanitaria de urgencia se configura como un derecho de alcance «universal», en el sentido de no ser necesario ningún requisito formal para su ejercicio²⁰; únicamente encontrarse en la

¹⁷ Concretamente el artículo 7 del Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En él se reconoce la inclusión en el sistema de la Seguridad Social a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España.

¹⁸ Realmente, y tal como hemos precisado en la nota anterior, se trata de un reconocimiento de igualdad de carácter meramente declarativo, ya que tal derecho existe reconocido en la normativa de Seguridad Social, como acabamos de mencionar.

¹⁹ En esta materia existe una gran controversia a nivel político, planteada por la intención de muchos municipios de permitir el empadronamiento de extranjeros residentes en su término municipal, aunque tal residencia no sea conforme al régimen jurídico de la extranjería; esta pretensión es combatida por el Gobierno, para el que tal empadronamiento supondría una grave irresponsabilidad.

²⁰ Como vemos, la LOEx reconoce tal derecho al extranjero que se encuentre en España, sin hacer referencia a la necesidad de que dicha residencia sea legal, a diferencia de otros derechos, como el de sindicación o asociación que tendremos ocasión de analizar a continuación, y para los que se exige la residencia legal en nuestro país. Por ello, y *a sensu contrario*, cualquier extranjero que estuviese en nuestro país, con independencia de la calificación jurídica del título que lo habilite para su estancia, tendrá derecho a tal cobertura sanitaria de urgencia.

situación material fáctica de enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa. La dicción de la ley parece excluir a aquellas enfermedades que no revistan gravedad, quizás en consonancia con la consideración de asistencia sanitaria urgente, por lo que cabría considerar que aquellas enfermedades que no cumplieran con tal requisito previo no podrían ser cubiertas por tal protección. También como supuestos de asistencia sanitaria universal, se recoge la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros menores de dieciocho años y a las extranjeras embarazadas, durante el embarazo, parto y postparto, siempre que, en ambos casos, se encuentren en España ²¹.

El artículo 13 reconoce a los extranjeros residentes el derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. Finalmente, el artículo 16 va a reconocer a los extranjeros residentes en España el derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17, que serán el cónyuge, los descendientes y los ascendientes en los casos que existan razones que impliquen tal medida.

Por último, analizaremos a continuación los derechos sindicales que la LOEx va a reconocer a los inmigrantes. Tales derechos serán los de reunión y manifestación, el de asociación, el de sindicación y el de huelga, recogidos, respectivamente, en los artículos 7, 8 y 11.

Básicamente, y como tendremos ocasión de analizar cuando estudiemos detalladamente estos derechos en la parte correspondiente de nuestro estudio, existen dos notas básicas, predicables de todos y cada uno de tales derechos. El primero es que se reconocen en las mismas condiciones que las leyes que lo regulen lo hagan para los españoles ²². Es decir, se establece una cláusula de equiparación general. Por otra parte, se realiza una exclusión o delimitación de capital importancia: todos los derechos sindicales van a reconocerse única y exclusivamente para los extranjeros que se encuentren en situación legal en nuestro país ²³, mediante la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.

²¹ Valga lo dicho al respecto en la nota anterior.

²² Así, el derecho de reunión y manifestación del artículo 7.1 «Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles [...]»; el derecho de asociación del artículo 8, «Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulen para los españoles[...]»; el derecho de sindicación y de huelga del artículo 11, «Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles[...]».

²³ Así, el derecho de reunión y manifestación del artículo 7.1 «[...] que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España»; el derecho de asociación del artículo 8, «[...]que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España»; el derecho de sindicación del artículo 11.1, «[...]que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España», y el de huelga del artículo 11.2 «De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga».

b) A la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con carácter previo hay que advertir que los derechos reconocidos en el Convenio son «clásicos», es decir, esencialmente derechos civiles y políticos. De hecho el único derecho propiamente social recogido de forma expresa en el Convenio es la libertad de reunión, de asociación y de sindicación. En este sentido, el artículo 11 del Convenio establece en su párrafo primero que:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.»²⁴

La libertad de reunión, de asociación, y de sindicación no aparece configurada en el Convenio como un derecho «blindado», en el sentido de que no se prevé injerencias en su disfrute. Por el contrario, su redacción permite incluirlo junto a los derechos enunciados en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio y el artículo 2.4 del Protocolo Adicional n.º 4 al Convenio, dentro del grupo de derechos cuyo disfrute puede ser restringido por las autoridades nacionales sin que, inevitablemente, se genere su responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones asumidas como Estado Parte en el mismo. De hecho, tal responsabilidad sólo se generará cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constate bien la violación de alguna de las disposiciones generales del Convenio relativas al disfrute por los particulares de los derechos reconocidos en el Convenio, tales como el artículo 18 (limitación de la aplicación de restricciones de derechos)²⁵ y, de modo especial, el artículo 14 (prohibición de discriminación en el disfrute de derechos)²⁶, o bien cuando este órgano judicial considere probado que una injerencia concreta en el ejercicio de las libertades reconocidas en el párrafo primero del artículo 11 del Convenio no se ha realizado de conformidad con las exigencias que aparecen recogidas en el párrafo segundo de dicho artículo²⁷. A la luz de dicho párrafo

²⁴ SUDRE, F.: «Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2000, pág. 28. Algunos autores consideran otros derechos de naturaleza social igualmente incluidos en el Convenio, tales como la prohibición de los trabajos forzados u obligatorios (art. 4 del Convenio), el derecho a la instrucción (art. 2 del Protocolo Adicional primero al Convenio), el derecho a la propiedad en relación con el derecho a pensión. LEZERTÚA RODRÍGUEZ, M.: «Los derechos sociales fundamentales y el Convenio europeo de derechos humanos», *Relaciones Laborales*, 1990, Tomo II, págs. 1.287 y ss.

²⁵ Artículo 18 del Convenio: Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

²⁶ Artículo 14 del Convenio: 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.

²⁷ Párrafo segundo del artículo 11 del Convenio: «El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y la libertades de otros. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado».

segundo, la tarea de control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos va a consistir en comprobar que la injerencia tiene una **base legal** ²⁸, que persigue la consecución de algunos de los **finés legítimos** enumerados ²⁹, y que es una medida **necesaria en una sociedad democrática**. Los componentes de la cláusula **necesaria en una sociedad democrática** ya fueron señalados por el Tribunal en una de sus primeras Sentencias, de 7 de diciembre de 1976 en el *caso Handyside contra Reino Unido*. Indicó entonces que, para controlar si una determinada injerencia podía calificarse como una medida necesaria en una sociedad democrática «tenía que hacer una valoración de la realidad de la necesidad social imperiosa implícita en la noción de "necesidad" en este contexto» y estableció que «cualquier "restricción" impuesta en esta esfera debe ser proporcionada al legítimo fin perseguido» ³⁰. Añadió igualmente que le incumbía determinar, «sobre la base de los distintos elementos a su alcance, si los motivos dados por las autoridades nacionales para justificar las medidas concretas de "injerencia" que adoptan son relevantes y suficientes» ³¹.

La ausencia de derechos sociales en el Convenio no debe sorprender pues, como señala CARRILLO SALCEDO, al no limitarse el Convenio a reconocer o proclamar ciertos derechos y libertades fundamentales, sino que además tiene por finalidad garantizarlos, sólo podían ser reconocidos derechos

²⁸ Con frecuencia, el requisito de la base legal suele plantear para el Tribunal la cuestión de si la norma impugnada reúne los requisitos de previsibilidad y de publicidad, cuya necesidad señaló este Órgano internacional en su Sentencia de 26 de abril de 1979, en el *Caso Sunday Times*, par. 49.

²⁹ Suele ser fácil para los Estados convencer al Tribunal de que la finalidad que motivó su injerencia en el ejercicio del derecho o libertad se corresponde con alguno de los previstos en el párrafo segundo del artículo en el que aparece enunciado dicho derecho o libertad. Esto es así, en parte, debido al hecho de que aun cuando los fines legítimos están enunciados con carácter exhaustivo, su tenor es muy amplio, como se comprueba en relación con el artículo 11 del Convenio: la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades ajenos.

³⁰ STEDH de 7 de diciembre de 1976, *Caso Handyside*. Serie A, vol. 24, par. 48 y 49.

³¹ *Ibidem*, par. 50. Así pues, dos son los componentes de esta cláusula: la necesidad social imperiosa de un lado, y la proporcionalidad de la injerencia al fin perseguido, de otro. Con relación al primero de ambos componentes, la necesidad no puede ser establecida en términos absolutos sino que requiere la valoración de varios factores, incluyendo la naturaleza del derecho afectado, la naturaleza del interés público y el grado en que éste requería protección en las circunstancias del caso. Corresponde a las autoridades nacionales evaluar en primer lugar la «necesidad» de una injerencia, contando para ello con un cierto margen de apreciación. La amplitud del margen de apreciación de los Estados, que se refiere tanto al marco legislativo como a las medidas particulares de aplicación, no es el mismo para todos los supuestos sino que varía en función de las distintas cuestiones en juego, y, en todo caso, siempre está sujeto al control más o menos amplio del Tribunal Europeo. Este control de la «necesidad» de la injerencia que los Órganos del Convenio están llamados a realizar no consiste en juzgar la política desarrollada por un Estado Parte en una determinada materia, ni tampoco ocupar el puesto de los Tribunales nacionales competentes que han decidido conforme a su poder discrecional sobre una determinada cuestión. Tampoco se limita a averiguar si el Estado demandado ejerció su discreción razonable y cuidadosamente y de buena fe, incluso en casos en los que el margen de discrecionalidad dejado al Estado es muy amplio. Por el contrario, el Tribunal debe comprobar si la necesidad de la injerencia está justificada por razones relevantes y suficientes, para lo cual se sirve, en ocasiones de modo explícito, del test de la proporcionalidad, que es el segundo componente de la cláusula «necesario en una sociedad democrática». La proporcionalidad de la injerencia al fin perseguido implica –como ha precisado el Tribunal– que las decisiones de las autoridades públicas que limiten el ejercicio de un derecho reconocido en el Convenio han de estar basadas en una aceptable valoración de los hechos relevantes, de modo que se haya mantenido un justo equilibrio entre el derecho fundamental del individuo y el interés legítimo perseguido por un Estado democrático. Las autoridades nacionales disponen de un cierto margen de apreciación para determinar qué medios son requeridos en las circunstancias para hacer frente a la necesidad, pero, de nuevo, éste está sometido al control europeo centrado en el doble requisito implícito en el principio de la proporcionalidad: de un lado, la exigencia de no imponer restricciones más allá de lo estrictamente necesario; de otro, el deber de mantener un justo equilibrio entre los intereses en juego.

de aplicación inmediata y suficientemente precisos. Siendo así que los derechos económicos, sociales y culturales son, ante todo, facultades de exigir prestaciones por parte de la Comunidad y de los poderes públicos, resultaba que su realización, relativa y progresiva, exige instrumentos específicos de protección y promoción ³².

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado claro, desde su jurisprudencia más temprana, que no hay una separación tajante entre los derechos sociales y económicos y el ámbito material cubierto por el Convenio ³³, de tal manera que, en la actualidad, puede afirmarse que, además de la referida libertad de asociación y sindicación reconocida en el artículo 11 del Convenio, otros derechos de marcado carácter social y económico, como el derecho a una prestación social ³⁴, puedan beneficiarse de una protección indirecta del Convenio, gracias a la interpretación dinámica y teleológica, pro víctima en definitiva, que realiza el Tribunal ³⁵.

³² 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*, 1991, vol. 18, n.º 2, pág. 433.

³³ STEDH de 9 de octubre de 1979, *caso Airey c. Irlanda*, parágrafo 26.

³⁴ STEDH de 16 de septiembre de 1996, *caso Gaygusuz c. Austria*. Los hechos del caso, sucintamente expuestos, son los siguientes: el demandante, de nacionalidad turca, se encontraba sin trabajo en Austria, donde residía. Tras agotar el subsidio por desempleo previsto por Ley, solicitó un subsidio de urgencia, previsto legalmente para asegurar un mínimo vital a aquellos parados que, habiendo agotado el subsidio ordinario por desempleo, aún no hubieran encontrado trabajo, siempre que tal circunstancia no pudiera ser achacada a los mismos. Su solicitud fue denegada por no ser de nacionalidad austriaca, pese a cumplir los demás requisitos legales exigidos, por lo que dedujo una demanda ante los Órganos del Convenio contra Austria, invocando, entre otras cuestiones, ser víctima de una discriminación contraria al Convenio. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia en el fondo del caso, decidió que Austria era responsable de una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 1, tras considerar dos hechos de particular relevancia para ampliar el ámbito material de protección del Convenio a los derechos económicos y sociales: en primer lugar, afirmó que el derecho a un subsidio de urgencia es un derecho de contenido patrimonial en el sentido del artículo 1 del Protocolo Adicional primero (parágrafo 41 de la sentencia); y, en segundo lugar, recordó que sólo muy fuertes razones –entre las que no figura la nacionalidad– pueden hacer compatible con el Convenio una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en el Convenio –o, como sucede en el presente caso, un derecho conectado con alguno de los derechos expresamente reconocidos en el Convenio– (parágrafo 42 de la sentencia). Sobre esta sentencia, véase, entre otros: SUDRE, Frédéric: «Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, pág. 30 y ss.

³⁵ La efectividad del sistema del Convenio se debe, en gran parte, a que es un mecanismo vivo que protege derechos efectivos y no ilusorios (*vid.* STEDH de 7 de julio de 1989, *caso Soering c. Reino Unido*, pará. 102; STEDH de 18 de diciembre de 1996, *caso Loizidou c. Turquía, excepciones preliminares*, pará. 43). Esto exige del Tribunal Europeo el elegir, de entre las diferentes interpretaciones posibles del Convenio, la interpretación teleológica o finalista, considerando, en consecuencia, las condiciones actuales de vida por encima de las ideas y circunstancias presentes en el momento en que fue redactado el Convenio. De este modo, el Tribunal Europeo puede ampliar el ámbito de protección del sistema del Convenio, por ejemplo, tomando conciencia de nuevas formas de injerencia en el ejercicio de los derechos que no fueron previstas por los redactores del Convenio en 1950, tal sería el caso de una degradación medioambiental (*vid. inter alia*, STEDH de 9 de diciembre de 1994, en el *caso López Ostra c. España*), o reconociendo determinados derechos como implícitos en aquellos reconocidos en el Convenio –así, el derecho de acceso a un Tribunal en el art. 6 del Convenio– (STEDH de 9 de octubre de 1979, *caso Airey c. Irlanda*).

Debemos señalar, por último, el derecho a la asistencia jurídica gratuita como parte del derecho a un juicio justo, reconocido en el artículo 6.1 del Convenio ³⁶ como derecho instrumental necesario para hacer valer ante cualquier jurisdicción los derechos sociales y sindicales de los extranjeros en España en todos aquellos supuestos en que no puedan acogerse a los supuestos previstos en el apartado primero del artículo 22 de la LOEx.

III. LOS INMIGRANTES COMO TITULARES DE DERECHOS SOCIALES Y SINDICALES

a) La distinción prevista en la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 para situaciones de regularidad e irregularidad de inmigrantes en España.

Una de las cuestiones que más controversia ha producido ha sido la distinción realizada en la Ley Orgánica 8/2000, para el reconocimiento y el ejercicio de diversos derechos, según la situación administrativa en la que se encontrase el inmigrante; básicamente distinguiendo, tal como veremos a continuación, que el inmigrante se encuentre en situación regular o haya accedido a nuestro país de una manera irregular.

Esta distinción va a suponer realmente una contradicción interna con lo establecido en la propia LOEx. Así, el párrafo primero de su artículo 3 ha establecido un criterio interpretativo general, al considerar que «los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles». Es decir, se produce una equiparación total entre los españoles y los extranjeros; ahora bien, ¿por qué entonces tomar como requisito previo para el reconocimiento de tal derecho el dato fáctico de la situación regular o irregular del inmigrante en nuestro país?

³⁶ Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia 9 de octubre de 1979, en el caso *Airey c. Irlanda*: «Si bien el artículo 6.1 garantiza a los litigantes un derecho de acceso efectivo ante los Tribunales, deja al Estado la elección de los medios a emplear para el logro de esa finalidad. La instauración de un sistema de asistencia jurídica gratuita (...) constituye uno de esos medios, pero hay otros, como, por ejemplo, una simplificación del procedimiento. En cualquier caso, no es función del Tribunal indicar, menos aún dictar, las medidas que han de tomarse: lo que el Convenio exige es que todo individuo disfrute de su derecho a un acceso efectivo a los Tribunales, en condiciones que no sean contrarias a lo dispuesto por el artículo 6.1 (...). Sin embargo, el artículo 6.1 puede en ocasiones exigir de un Estado proveer esa asistencia jurídica cuando se demuestre el carácter indispensable de ésta para un acceso efectivo ante los tribunales, ya sea porque sea legalmente exigida la asistencia de letrado, como ocurre en los ordenamientos internos de algunos Estados contratantes para determinados tipos de procesos, ya por la complejidad del procedimiento o del caso» (párrafo 26 de la sentencia. La cursiva es añadida).

Básicamente las distinciones y limitaciones establecidas en la LOEx para los extranjeros van a ser de dos clases: una limitación o diferenciación «expresa» y otra «sutil», tal como a continuación delimitaremos. La primera modalidad de distinción –instrumentalizada a través de la frase «que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España»– figura en los artículos 7 (libertades de reunión y manifestación), 8 (libertad de asociación) y 11 (libertad de sindicación y de huelga) ³⁷.

La segunda modalidad de distinción, más sutil que la anterior, se corresponde con la utilización selectiva del término «extranjero residente» en los artículos 13 (derecho a ayudas en materia de viviendas) y 14 (derecho a seguridad social y a los servicios sociales) de la Ley Orgánica 4/2000, redactados conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. A diferencia de tales artículos, unos términos más genéricos, tales como «los extranjeros» o «los extranjeros que se encuentren en España», aparecen en otras disposiciones de la Ley (por ejemplo, en el artículo 12 que reconoce el derecho a la asistencia sanitaria). En nuestra opinión, la utilización de tales precisiones no supondrá una mera cláusula de estilo, sino, por el contrario, el deseo del legislador español de limitar el disfrute de algunos derechos sólo a los extranjeros residentes *de iure* y no sólo que se encuentren *de facto* en España ³⁸.

La respuesta a la interrogante que nos planteábamos respecto al establecimiento de un requisito como el de la residencia tiene un origen que deberíamos delimitar atendiendo a los antecedentes legislativos. Así, en la redacción inicial de la LOEx, dada por la Ley Orgánica 4/2000, se hacía mención en el artículo 7 a las libertades de reunión y manifestación. Así, se reconocía el derecho de los extranjeros que se encuentren en España ³⁹ para ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa y de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, el derecho de reunión recogido en el artículo 21 de la Constitución. La no necesidad de autorización administrativa previa se reiteraba en el apartado segundo del citado artículo 7, cuando se establecía que la prohibición o modificación de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público sólo podría llevarse a cabo por las causas previstas en la Ley.

El derecho de asociación también se equiparaba en la Ley Orgánica 4/2000 expresamente al de los españoles; así, se recogía que los extranjeros que se encontrasen en España ⁴⁰ podrían ejercer

³⁷ Artículos redactados conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000.

³⁸ Compárese en este sentido el artículo 13 y los párrafos 1 y 2 del artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000, redactados de conformidad con la Ley Orgánica 8/2000, que reconocen el derecho a ayudas en materia de viviendas y el derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social, tanto los generales y básicos como *los específicos* a los extranjeros residentes (la cursiva es añadida). Por el contrario, la asistencia sanitaria pública *de urgencia* y los servicios y prestaciones sociales básicos se reconocen a «los extranjeros que se encuentren en España» (art. 12) e, incluso, a «los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa» (art. 14.3) (la cursiva es añadida).

³⁹ No se hace ninguna distinción o limitación según el hecho de que la estancia del extranjero en territorio español sea regular, o, por el contrario, irregular.

⁴⁰ De nuevo comprobamos cómo no se realiza una distinción o diferenciación para el ejercicio de dicho derecho por el hecho de que el extranjero haya accedido a nuestro país de manera legal, o por el contrario se encuentre en situación irregular en España.

el derecho de asociación «conforme a las leyes que lo regulen para los españoles»⁴¹. Sí se establecía, sin embargo, una limitación, al considerar que sólo podrían ser promotores de tales actuaciones «los residentes». Esta mención parece hacer mención a la exigencia de que se trate de extranjeros que residan legalmente en nuestro país⁴². La intención de este precepto no es muy clara, ya que, si bien se va a exigir la residencia legal en nuestro país para poder crear asociaciones, no se precisa tal requisito para los meros asociados a la misma.

Como tercero y último de los supuestos a los que nos referiremos, debemos mencionar el derecho de sindicación y el derecho de huelga. Respecto del primero, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000 reconocía tal libertad⁴³ a los trabajadores extranjeros⁴⁴ que se hallasen en España, derecho que podrán ejercer en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que lo regulan⁴⁵. Por su parte, el derecho de huelga se reconocía a los trabajadores extranjeros, con las mismas condiciones que para los trabajadores españoles⁴⁶.

Tal como vemos, el régimen jurídico recogido en la Ley 4/2000 era más permisivo con los extranjeros en el sentido de no exigirles el requisito de la residencia «legal» o «regular» para el ejercicio de los derechos sindicales básicos⁴⁷. Entonces, ¿por qué ese cambio restrictivo producido por la Ley 8/2000⁴⁸?

⁴¹ ESPLUGUES MOTA, C.; DE LORENZO SEGRELLES, M.: *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 109. «Tras la bocanada de aire fresco que supuso el texto originario de la Ley de Extranjería, la reforma de diciembre de 2000 devuelve la regulación del derecho de asociación [...] a los parámetros existentes en la normativa de 1985».

⁴² Tal residencia, conforme a los artículos 29 y 30 de la Ley puede ser temporal o permanente. La primera permite permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. La residencia permanente permite residir en nuestro país de manera indefinida y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

⁴³ Se reconoce el derecho a sindicarse, y también el de afiliarse a organizaciones profesionales. AJA, E. (coord.): *Op. Cit.* Pág. 62. «La extensión del derecho a los extranjeros en situación irregular no sólo es una exigencia constitucional, sino que además es coherente con la nueva filosofía de la Ley [...]».

⁴⁴ Trabajadores que deberán poseer para ejercer cualquier actividad lucrativa laboral una autorización administrativa para trabajar, o el permiso de trabajo (art. 33).

⁴⁵ ESPLUGUES MOTA, C.; DE LORENZO SEGRELLES, M.: *op. cit.* Pág. 122. «Este reconocimiento, empero, queda convertido en puramente indicativo en cuanto su ejercicio por parte de los extranjeros queda subordinado a la obtención de "autorización de estancia o residencia en España"». Es interesante precisar que se recogía en la Ley una mención expresa favorable a la sindicación de los extranjeros. Así, el artículo 62 recogía que los poderes públicos impulsarían el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyarán a los sindicatos y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, facilitándoles recursos materiales y ayuda económica, tanto a través de los programas generales, como en relación con sus actividades específicas.

⁴⁶ ESPLUGUES MOTA, C.; DE LORENZO SEGRELLES, M.: *op. cit.* Pág. 124. «Una vez más, se subordina el ejercicio de un derecho a la presencia legal en territorio nacional. [...] Se vuelve, por tanto, a una solución en línea con la mantenida en 1985 y tan insatisfactoria como aquella...». AJA, E. (coord.): *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 63. El reconocimiento de este derecho a todos los trabajadores extranjeros sin necesidad de ningún requisito adicional se produce por la ley «quizás también consciente de los dictados constitucionales relativos a este derecho de los trabajadores».

⁴⁷ En opinión de ESCUDERO RODRÍGUEZ, el reconocimiento de los derechos de sindicación y huelga era respetuoso con la plenitud de los mismos y se correspondía completamente con el planteamiento universalista de los pactos y Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga en la Ley Orgánica 8/2000», en *Revista de Derecho Social*. N.º 13. 2001. Pág. 35.

⁴⁸ ESPLUGUES MOTA, C.; DE LORENZO SEGRELLES, M.: *op. cit.* Pág. 107. «En la práctica, la atribución general que realiza el artículo 7.1 de la LO 4/2000 deviene puramente programático».

De modo claro, la respuesta vendrá dada por el análisis de la Exposición de Motivos de la citada reforma; básicamente, las razones aportadas para la reforma serían, de una parte, la necesidad de adaptación de la regulación existente en la Ley Orgánica 4/2000 a las corrientes migratorias⁴⁹, y de otra parte, los compromisos asumidos en la Cumbre de Tampere, en orden a la creación dentro de la Unión Europea de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Al margen de éstas u otras razones justificativas, tal como puede comprobarse de lo establecido en la citada Exposición de Motivos, la reforma efectuada por la Ley 8/2000 ha supuesto, según una amplia consideración social, una limitación y una restricción de gran número de derechos que estaban reconocidos en la Ley Orgánica 4/2000. En consecuencia, resulta pertinente y necesario preguntarse si esta reforma, con la correlativa limitación de derechos sociales y sindicales de los extranjeros en España que introduce, puede ser considerada como inconstitucional⁵⁰.

La respuesta a esta cuestión deberemos obtenerla del análisis de las concretas normas que se encargan de la regulación de los derechos fundamentales que son limitados por la LOEx.

Comenzaremos por el derecho de reunión y manifestación⁵¹; éste aparece mencionado en el artículo 21 de la Constitución, siendo desarrollado por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio. El derecho de reunión queda configurado como un derecho público subjetivo de carácter individual, pero de ejercicio concertado⁵². Del texto constitucional se deduce que se reconoce sin distinguir entre españoles y extranjeros, por lo que no cabe duda, por tanto, que estos últimos son también titulares de ese derecho⁵³. Cabe citar que el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse respecto de una restricción establecida a este derecho en la derogada Ley de Extranjería de 1985; en ella se establecía, en su artículo 7, la obligación para los extranjeros de solicitar autorización previa para la celebración de reuniones públicas de todo tipo; este requisito añadido para los extranjeros fue declarado inconstitucional por el citado Tribunal en la Sentencia 115/1987.

⁴⁹ Punto I de la Exposición de Motivos: «habiéndose detectado durante su vigencia aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma». Razón considerada irreal. ESPLUGUES MOTA, C.; DE LORENZO SEGRELLES, M.: *op. cit.* Págs. 20 y 23. Incluso, se considera que «la LO 8/2000 culmina un proceso cargado de despropósitos [...]».

⁵⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *op. cit.* Pág. 35. «Parece claro que impedir completamente, como hace el reformado artículo 11.1 de la Ley 4/2000, el ejercicio del derecho de sindicación a los extranjeros que se encuentren en situación irregular en España supone, claramente, la conculcación de Tratados y Convenios ratificados por España al menoscabar las garantías de que han de disfrutar todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa en España».

⁵¹ Al respecto, *vid.* GAVARA DE CARA, J.C.: *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997. LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L.: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995. TORRES MURO, I.: *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991.

⁵² PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 442. AJA, E. (coord.): *op. cit.* Págs. 60 y 61. La importancia de la Ley 4/2000 en esta materia se centraba en que la participación de los inmigrantes en reuniones y manifestaciones legales no podía ya considerarse como un acto ilegal, por lo que no podría iniciarse un expediente de expulsión por participación en actividades ilegales. Además, cualquier detención de extranjeros por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por el simple hecho de participar en una reunión o manifestación sería ilegal por limitar el libre ejercicio de derechos fundamentales.

⁵³ PÉREZ ROYO, J.: *op. cit.* Pág. 443.

El derecho de asociación ⁵⁴ queda recogido en el artículo 22 de la Constitución y es de aplicación parcial la Ley 191/1964, hasta que no se dicte la nueva Ley de Asociación, aún pendiente de tramitación. El derecho de asociación se reconoce sin distinguir entre españoles y extranjeros, lo cual significa que deba entenderse, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 107/84, que la Constitución reconoce directamente ese derecho a los extranjeros ⁵⁵. Ahora bien, este reconocimiento no supone que los extranjeros sean titulares de dicho derecho en las mismas condiciones que los españoles, ya que el legislador podrá establecer condicionamientos adicionales para su ejercicio, en virtud de la habilitación establecida en el artículo 13.1 de la Constitución ⁵⁶. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar en su Sentencia 115/1987 ⁵⁷ dicha posibilidad de actuación, en sentido negativo; así, «el artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar en todo caso las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya ha venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la Constitución. 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 constitucionales».

Por su parte, el derecho de afiliación se recoge en el artículo 28.1 de la Constitución, y viene desarrollado en la Ley Orgánica de Libertad Sindical ⁵⁸. En ella se reconoce el derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. No se hace mención en la misma a la existencia de un régimen diferenciado para los extranjeros, ya que las únicas excepciones y matizaciones son las establecidas en la Constitución, para las Fuerzas Armadas y los Institutos Armados de carácter militar, los Jueces, Magistrados y Fiscales y los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que no tengan carácter militar.

El derecho de huelga también se recoge, con carácter general para todos los trabajadores, en el artículo 28.2 de la Constitución, siendo desarrollado por el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. En él únicamente se establece una exclusión de su ámbito de aplicación del personal civil dependiente de establecimientos militares. El problema para la aplicación de estos derechos de sindicación y huelga es la necesidad de tratarse de trabajadores, para poder hacer uso de los mismos. El artículo 7 c) del Estatuto de los Trabajadores establece que los extranjeros podrán contratar la prestación de su trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia. Eso nos remite, como ya tuvimos ocasión de analizar, a la necesidad de

⁵⁴ Al respecto, *vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987.

⁵⁵ PÉREZ ROYO, J.: *op. cit.* Pág. 453.

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ En tal pronunciamiento se analizaba el régimen establecido en la LO 7/1985, según el cual, el legislador atribuía al Consejo de Ministros la facultad de suspender, durante un plazo máximo de seis meses, las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros.

⁵⁸ Ley Orgánica 1/1985, de 2 de agosto.

contar con autorización para la realización de actividades lucrativas. Como ya tuvimos ocasión de precisar en su momento, el artículo 36.1 de la LOEx establece que los extranjeros que quieran ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar. Es decir, para ser considerados trabajadores, deberán contar con el correspondiente permiso de trabajo, de tal manera, que en su ausencia, no podrían ser considerados como trabajadores.

Hemos analizado el régimen jurídico particular de los derechos de asociación, reunión y manifestación, sindicación y huelga, y hemos constatado cómo la normativa particular de ejercicio de cada uno de los derechos no realiza una distinción respecto de la titularidad de los extranjeros sobre tales derechos, sino que se limitan a remitir a lo que establezca la legislación específica en materia de extranjería.

Por ello, debemos realizar una valoración relacionada con el régimen jurídico de carácter restrictivo recogido en la Ley de Extranjería, tras la reforma operada por la LO 8/2000. En nuestra opinión, la supeditación del ejercicio de los derechos sociales y políticos, así como especialmente de los sindicales, al dato fáctico de tratarse de una residencia regular en nuestro país supone una limitación y una restricción injustificada y contraria a Derecho. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que las limitaciones de los Derechos Fundamentales recogidos en la Constitución deben interpretarse siempre de manera restrictiva, además de adoptar siempre un criterio de proporcionalidad y racionalidad. En nuestra opinión, tal supeditación al dato fáctico de la situación administrativa regular en nuestro derecho supone privar de tales derechos a los ciudadanos extranjeros, lo que supone una restricción injustificada y desproporcionada, contraria al principio de igualdad reconocido en la Constitución ⁵⁹.

b) El artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la cláusula «dependiente de la jurisdicción de un Estado Parte en el Convenio».

Una vez puestas de manifiesto en el epígrafe anterior las modalidades de distinción previstas por el legislador español en el disfrute por los extranjeros en España de los derechos y libertades fundamentales, corresponde valorar, al margen de cualquier juicio moral, su compatibilidad con las obligaciones internacionales asumidas por España como Estado parte en el Convenio. Para abordar esta cuestión debemos plantearnos dos cuestiones.

En primer lugar, procede preguntarse si los inmigrantes dependientes de la jurisdicción del Estado español, por utilizar la terminología del Convenio –tanto en situación regular como irregular–, son titulares de los derechos y libertades sociales y sindicales reconocidos en el Convenio y,

⁵⁹ De tal opinión, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *op. cit.* Pág. 35.

por lo tanto, se benefician del mecanismo de protección instituido en el mismo. La respuesta, a la luz del artículo 1 del Convenio, es positiva ⁶⁰. Como ha escrito CARRILLO SALCEDO:

«En virtud del artículo 1 del Convenio europeo de derechos humanos, los titulares de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio son todas las personas que se hallen bajo la jurisdicción de los Estados partes (...) Los Estados parte en el Convenio deben reconocer estos derechos y libertades no sólo a sus propios nacionales o a los de otros Estados partes, sino también a los nacionales de Estados no partes en el Convenio y a los apátridas. La expresión "toda persona" (...) subraya la naturaleza universal de los derechos y libertades reconocidos por el Sistema del Convenio. La expresión "dependiente de su jurisdicción" parece limitar el número de beneficiarios del Convenio, pero no hace más que establecer el vínculo necesario entre la víctima de una violación del Convenio y el Estado parte al que se imputa dicha violación. En otras palabras, para que el Convenio sea aplicable, debe ser posible para el Estado reconocer los derechos garantizados en el mismo; sin embargo, no es necesario que exista un vínculo jurídico estable como la nacionalidad, la residencia o el domicilio, porque basta que el Estado pueda ejercer algún tipo de poder sobre el interesado.» ⁶¹

En segundo lugar, corresponde averiguar si la distinción que el legislador español ha introducido, respecto de los extranjeros en situación regular o irregular, en la Ley Orgánica 4/2000 a través de la Ley Orgánica 8/2000, con relación al disfrute de algunos de los derechos y libertades fundamentales, es compatible con las obligaciones internacionales asumidas por España como parte en el Convenio. La respuesta a esta segunda cuestión ha de ser forzosamente negativa, desde la perspectiva del artículo 14 del Convenio, que prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio y en sus Protocolos adicionales de contenido normativo ⁶², tanto en conexión con **la libertad de reunión, de asociación y de sindicación**, expresamente reconocidas en el artículo 11 del Convenio, como en relación con **cualquier otro derecho de contenido económico y social que pueda conectarse con el Convenio y sus Protocolos adicionales** de contenido normativo –por ejemplo, el derecho a percibir una prestación social, que, aun cuando no figura expresamente reco-

⁶⁰ Artículo 1. Obligación de respetar los derechos humanos. «Las Altas Partes Contratantes *asegurarán* a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio». (La cursiva es añadida). Se ha preferido la versión inglesa del Convenio («shall secure»), a la francesa («reconnaissent») –coincidente con la traducción española «reconocen» al publicar el texto del Convenio en el BOE–, que refleja el principio del efecto útil del Convenio, reiteradamente señalado por el Tribunal Europeo desde sus primeras sentencias (*caso Irlanda c. Reino Unido*, Sentencia de 18 de enero de 1978, parágrafo 239), en el sentido de que los derechos protegidos no son teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, imponiendo sobre los Estados Partes no sólo un deber de abstenerse de injerencias en los mismos, sino, incluso, obligaciones positivas.

⁶¹ CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Commentaire à l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme» en PETTITI, L. E., DECAUX, E. et IMBERT, P. H.: *La Convention européenne des droits de l'homme*. Ed. Economica, París, 1995, pág. 135. (La traducción del francés original de la cita es nuestra).

⁶² Como se observa, esta disposición no prohíbe la discriminación en el disfrute de todo derecho o libertad, sino sólo en relación con los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. La prohibición general de cualquier forma de discriminación en el ejercicio de cualquier derecho reconocido por ley ha sido recientemente establecida en el Protocolo n.º 12 al Convenio, el 4 de noviembre de 2000, pero aún no está en vigor. A diferencia de otros Estados europeos, España no lo ha firmado aún.

nocido en el Convenio, su carácter patrimonial ha permitido al Tribunal Europeo conectarlo con el artículo 1 del Protocolo Adicional primero (derecho a la propiedad y al disfrute pacífico de los bienes)–. E, incluso, en relación con **el derecho a la asistencia jurídica gratuita** (art. 6.1 del Convenio)⁶³. Así pues, la distinción introducida por el legislador español respecto de los extranjeros en situación regular o irregular, residentes o no residentes, reconociendo sólo a los primeros todos los derechos económicos y sociales fundamentales sería contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos e incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por España al ratificarlo.

IV. CONCLUSIONES

Al terminar estas páginas varias son las conclusiones alcanzadas en el presente estudio:

1. La reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2000 a la nueva regulación de la inmigración en España ha provocado una fuerte contestación social por la restricción introducida en el ejercicio de los derechos fundamentales a los inmigrantes que se encuentren en situación regular en nuestro país. Al margen de cualquier juicio de valor, desde un punto de vista estrictamente jurídico y en lo que afecta a los derechos sociales y sindicales, hemos de denunciar la incompatibilidad de la LOEx con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de manera particular, con el artículo 1 de éste, que no distingue entre regulares e irregulares para limitar el disfrute de los derechos reconocidos sólo a los primeros y con el artículo 11 interpretado en conexión con el artículo 14, que prohíbe cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de la libertad de reunión, de asociación y de sindicación. Incompatibilidad, igualmente, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo, cuya interpretación teleológica, activista y pro víctima, gracias a la cual el Convenio es un instrumento vivo, dinámico y adaptado a las circunstancias presentes, casa mal con la letra y el espíritu de la Ley 8/2000 de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
2. Dicha incompatibilidad provoca el efecto inmediato de la inconstitucionalidad de las disposiciones afectadas de la LOEx a la luz de la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el sentido de que el contenido esencial de los derechos fundamentales ha de ser conforme con los tratados internacionales en materia de derechos humanos válidamente celebrados por España.
3. Asimismo, puede generar la responsabilidad internacional de España por incumplimiento de sus obligaciones internacionales al no asegurar el efectivo disfrute de los derechos que en el Convenio y en sus Protocolos adicionales de contenido normativo se reconocen a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

⁶³ El apartado segundo del artículo 22 la LOEx establece que «los *extranjeros residentes* que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan». (La cursiva es añadida).