



SECRETARIADO PERMANENTE - COMITÉ CONFEDERAL

Nº 117

TRABAJO  
Y  
MIGRACIÓN  
EN EL  
ESTADO  
ESPAÑOL

JULIO. 2008

BOLETÍN

INFORMATIVO

# ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
<b>II. DERECHOS HUMANOS</b> .....	<b>5</b>
<b>III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EXTRANJEROS EN EL ESTADO ESPAÑOL</b> .....	<b>7</b>
III. 1    Evolución normativa desde el año 2000 a la actualidad .....	<b>9</b>
III. 2    Líneas definitorias de la legislación para extranjero .....	<b>11</b>
<b>IV. EL LARGO CAMINO DE LA TRABAJADORA INMIGRANTE HACIA LA ESTABILIDAD JURÍDICA</b> .....	<b>15</b>
<b>FASE 0. SITUACIÓN IRREGULAR</b> .....	<b>15</b>
01. DERECHOS BÁSICOS DE LAS PERSONAS INMIGRANTES SIN PAPELES .....	<b>17</b>
A)    Derechos derivados de la relación laboral .....	<b>17</b>
B)    Derecho a la percepción de prestaciones sociales derivadas de la relación laboral: Obligación de cotizar del empresario, prestaciones por incapacidades derivadas de contingencias comunes y profesionales, desempleo .....	<b>18</b>
C)    Derecho a las prestaciones sociales básicas .....	<b>23</b>
D)    Derecho a la salud .....	<b>23</b>
E)    Derecho a la educación .....	<b>24</b>
F)    Derecho a la asistencia jurídica gratuita .....	<b>24</b>
G)    Derechos colectivos: Libertad sindical, Huelga .....	<b>25</b>
H)    Derechos civiles: Asociación, reunión y manifestación .....	<b>27</b>
02. VÍAS DE ACCESO ORDINARIAS AL PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO .....	<b>29</b>
A)    Régimen general de obtención de la autorización inicial de residencia y trabajo .....	<b>29</b>
B)    El contingente de trabajadores extranjeros .....	<b>31</b>
C)    Modificaciones de situaciones anteriores. (De residentes sin más a residencia con trabajo) .....	<b>31</b>
D)    Arraigo social .....	<b>32</b>
E)    Arraigo laboral .....	<b>34</b>
<b>FASE 1. DESDE QUE EL TRABAJADOR SOLICITA SU PERMISO DE RESIDENCIA HASTA QUE LO OBTIENE</b> .....	<b>35</b>
<b>FASE 2. EL PRIMER AÑO DE VALIDEZ DEL PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO</b> .....	<b>36</b>
<b>FASE 3. DESDE LA OBTENCIÓN DE LA PRIMERA RENOVACIÓN DEL PERMISO HASTA EL PERMISO DE RESIDENCIA PERMANENTE</b> .....	<b>37</b>
<b>V. CONCLUSIÓN. LA DIRECTIVA DE RETORNO O “DE LA VERGÜENZA”. UN NUEVO PASO DE LA UE HACÍA LA ARMONIZACIÓN DE LA REPRESION A LOS MÁS POBRES</b> .....	<b>39</b>

## I. INTRODUCCIÓN

Se pretende con el presente boletín hacer una breve exposición de lo que ha sido la **evolución normativa del estado español en materia de control de la inmigración**, desde la nada en la que se encontraba veinte años atrás hasta el momento actual, en el que se ha impuesto ya una legislación para extranjeros altamente desarrollada y represiva, en coordinación con las políticas sobre migraciones de la UE.

La segunda parte del boletín está centrada en describir las distintas etapas y situaciones jurídicas por las que pasa la trabajadora migrante en el estado español, desde que se encuentra en situación irregular hasta que obtiene un permiso de residencia permanente, proceso que merma considerablemente sus potencialidades reivindicativas frente al patrón. Se hace necesario conocer este marco jurídico en el que se encuadra el colectivo de trabajadores migrantes, para comprender su condición de colectivo laboral esencialmente precario, en la línea de las reflexiones que se plantearon por compañeros extranjeros y autóctonos de distintos puntos del estado durante la Jornada confederal sobre "Inmigración y Precariedades" organizadas por la Secretaria de Acción Social del Comité Confederal de C.G.T. el pasado 24 de mayo de 2008.

## II. DERECHOS HUMANOS

Es importante, aún más en el momento actual en que desde distintos puntos de la Unión Europea se oyen voces furiosas que claman por el endurecimiento de las normativas de control y represión de los trabajadores inmigrantes hasta extremos irracionales, partir de la base al abordar la temática de la regulación de la situación de los inmigrantes no comunitarios en el estado español, de que la Constitución española establece en su **artículo 10.2, que** *" las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*. Esta es una norma constitucional que se refiere a todas las personas por el mero hecho de serlo, con independencia de su

nacionalidad y de que su situación administrativa en España sea regular o no.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) se suscribió en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948, y consiste en un elenco de mínimos derechos establecidos para todas las personas, que los estados miembros deben promover y respetar. Entre estos derechos se encuentran varios que frecuentemente entran en colisión con las normativas estatales que regulan los derechos de los extranjeros, de los que cabe citar a modo ilustrativo ***el derecho a no ser detenido o preso arbitrariamente ( Art. 9 de la DDHH), el derecho de toda persona a circular libremente, y a elegir su residencia en el territorio de un estado ( Art. 13 de la DDHH) el reconocimiento para toda persona de la libertad de reunión y de asociación (Art. 20 DDHH), el derecho a la libre elección de su trabajo, o el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse libremente par la defensa de sus intereses ( Art. 23 DDHH).***

Si bien es cierto que la mayoría de las legislaciones sobre extranjeros realizadas por los estados europeos han venido ignorando sistemáticamente esos derechos, entendemos que **debe mantenerse la reivindicación de los mismos frente a la legislación de extranjería**, ya que en algunas ocasiones –las menos- se ha conseguido sobre esa base limitar algunos de los preceptos más restrictivos de las mismas. En este sentido, por ejemplo en España, cabe citar la **Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) de 7 de julio de 1987**, por la que se declararon nulos determinados preceptos de la “Ley de extranjería” de 1985, que permitían a la administración la ejecución directa de la medida cautelar consistente en la expulsión de extranjeros sin posibilidad de audiencia judicial. Se declaró en esa misma sentencia la nulidad del sometimiento del derecho de reunión por extranjeros a un régimen de autorización administrativa previa (no de comunicación, que es el que rige con carácter general), que la ley establecía con independencia de que tuvieran o no permiso de residencia.

En esta misma línea cabe citar la **Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 95/2003, de 22 de mayo**, por la que se reconoció el derecho de justicia gratuita para todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa, y para todos los órdenes jurisdiccionales, si acreditan la insuficiencia de recursos para litigar (derecho que el Art. 22.2 de la Ley de Extranjería limitaba a los que tuvieran permiso de residencia). Más recientemente han sido de gran trascendencia también para el reconocimiento de la persona extranjera “sin papeles” como sujeto titular de derechos, **la STC 236/2007 y la STC 259/2007, de 7 de noviembre y 19 de de**

**diciembre del año pasado**, por las que se reconocen a todas las extranjeras en tanto que personas derechos tan elementales como el **derecho de reunión pacífica, la libertad sindical o el derecho de huelga**, sentencias que valoraremos más detalladamente en otro apartado.

Otros textos internacionales de importancia además de la DDHH de cara a la defensa de los derechos básicos de los extranjeros en España, son el **Convenio nº 87 de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 (ratificado por España en 1977)**, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho a la sindicación, el **Convenio nº 97 de la Organización Internacional del Trabajo de 1949 (ratificado por España en 1967) relativo a los Trabajadores migrantes**, el **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1977**, aprobado también en la Asamblea General de Naciones Unidas, donde se desarrollan y amplían los derechos contenidos en la DUDH, así como en el ámbito de la Unión Europea el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales**, cuyo Protocolo nº 11 de 1998, faculta a individuos y organizaciones que se consideren **víctimas de violaciones a los derechos humanos producidas** en el ámbito de la UE para interponer recurso ante el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**, siempre que se hayan agotado previamente las vías de recurso ante la jurisdicción del estado miembro en el que se haya cometido la violación del derecho. El estado español debe asumir la obligatoriedad de las sentencias del TEDH, con arreglo al Art. 46.1 del citado Convenio.

### **III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACION SOBRE EXTRAJEROS EN EL ESTADO ESPAÑOL**

El devenir de la regulación de los derechos extranjeros en el estado español ha venido marcado, como no podía ser de otra manera, por sus peculiares condiciones socio económicas. Así, con anterioridad a la aprobación de la Constitución, el poder político nunca se propuso la regulación de un régimen general de extranjeros porque no existía en el estado inmigración económica, al contrario, constituíamos una fuente de mano de obra para la industria de los estados europeos desarrollados.

Tradicionalmente los extranjeros pagaban una tasa por trabajar en España, y se aprobaron algunas leyes que excepcionalmente equiparaban en derechos sociales a los ciudadanos de las excolonias con los españoles, en este sentido se aprobó la **Ley 118/1969, de 31 de diciembre de 1969**, que equiparaba los derechos sociales de los ciudadanos de la "comunidad iberoamericana y a los filipinos con los españoles". También, desde los años cuarenta y hasta mediados de los setenta se suscribieron la mayoría de los **convenios de doble nacionalidad** con los países vinculados al pasado colonial español, pero la finalidad de los mismos era que los millones de españoles emigrados preservaran la nacionalidad española al adoptar la de sus respectivos países de acogida.

En **1978** se aprueba un Real Decreto para regular la situación administrativa de los extranjeros en España, el "**Real Decreto 1874/1978, de 2 de junio, por el que se regula la concesión y renovación de permisos de trabajo a extranjeros**", si bien aquella era una regulación todavía muy sencilla, que se limitaba a establecer que el extranjero que deseara residir y trabajar en España debía solicitarlo ante la Gobernación Civil correspondiente, desde donde solo le podían denegar la solicitud por razones de orden público.

Tras algún intento fallido de los gobiernos de la UCD, se estrenan a mediados de los años 80 los primeros textos legislativos amplios reguladores de la situación de los extranjeros en el estado español, con la **Ley 5/1984**, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado y sobre todo con la **aprobación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, primera "Ley de extranjería" propiamente dicha**. Con esta Ley se inaugura en España **la era del control de la migración moderno**, y si bien el concepto de "sin papeles" ya existía antes (vid. STC 107/1984, de la Sala Segunda del TC, de 23 de noviembre), es en este texto donde se articula un instrumento legal sancionador específico para proceder a la expulsión de ciudadanos extranjeros, medida que justificaron en su día arguyendo que en vista de la próxima entrada de España en la entonces Comunidad Económica Europea, se debía dar buena imagen en el control de la inmigración ante la misma. Se introduce con esta Ley, (de ahí el calificativo de "moderno"), la idea de **la vinculación de la concesión de permisos de residencia con las necesidades del mercado laboral nacional**. Si bien en aquel momento la normativa era más accesible que en la actualidad, ya que era el propio trabajador migrante quien presentaba su solicitud sin depender de la voluntad del patrón para que le hiciera el trámite, y era posible presentar

solicitudes aún encontrándose la persona solicitante en situación irregular en España al momento de hacer la solicitud.

Esta primera Ley de “extranjería” fue **pionera también en la restricción de los derechos fundamentales que los extranjeros tenían reconocidos en virtud de la Constitución de 1978**, así por ejemplo, la ley limitaba en su Art. 7 a los extranjeros incluso aunque tuvieran permisos de residencia el ejercicio de los **derechos de reunión y manifestación**, sometiéndolos a un régimen de autorización gubernativa previa, distinto al que estaba vigente para los españoles. En esa misma línea el Art. 8 de aquella Ley limitaba el derecho fundamental de los extranjeros a **asociarse libremente**, tuvieran o no permiso de residencia, disponiendo la posibilidad de que sus asociaciones fueran suspendidas sin control judicial alguno cuando el poder gubernativo estimase que eran contrarias a la seguridad e intereses nacionales. Éstos y otros preceptos, fueron **parcialmente eliminados como se ha dicho anteriormente, en Sentencia del Tribunal Constitucional de 1987**. Se introdujo también con esta Ley por vez primera la posibilidad de aplicar a los extranjeros carentes de documentación válida para residir en España la medida de **internamiento de hasta 40 días con sus noches**, medida que ha permanecido vigente desde entonces, sin que su constitucionalidad haya sido puesta en tela de juicio por el Tribunal Constitucional, a pesar de ser difícilmente compatible a nuestro juicio con la **prohibición de privar de libertad arbitrariamente a una persona**, contenida tanto en el Artículo 17 de la Constitución, como en el **artículo 9 de la DUDH** y asimismo en el Artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

**III.1 Evolución normativa desde el año 2000 a la actualidad.**

El régimen actual por el que se regula la situación de los extranjeros no comunitarios se basa en la **Ley Orgánica 4/2000**, de 11 de enero, que tiene el eufemístico sobrenombre **“sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”**. Esta Ley se aprobó en el Congreso sin el voto del PP

en enero de 2000, y ya para diciembre del mismo año se aprobó por las Cámaras ya con mayoría absoluta del PP la **Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre**, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, por la que se dificultaban los requisitos para la obtención de autorizaciones de residencia y trabajo, y se reducían significativamente los derechos fundamentales de los extranjeros en España con respecto a lo establecido en la Ley originaria.

Entre el año 2000 y el 2004, el régimen de extranjería sufrió constantes modificaciones, se aprobaron hasta tres reformas importantes de la Ley Orgánica 4/2000, y dos reglamentos de desarrollo de la Ley diferentes, **el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y el actualmente vigente Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre**. A ello hay que añadir numerosas reformas sufridas por los citados reglamentos de desarrollo de la Ley, así como una cuantiosísima normativa administrativa materializada en forma de Instrucciones y Circulares, que han venido modificando constantemente los criterios interpretativos de la Ley y el Reglamento.

Esa evolución normativa producida desde el año 2000, ha venido – por regla general- dificultando el régimen de acceso a la situación regular para los trabajadores extranjeros, y endureciendo el procedimiento sancionador dirigido a los emigrantes “sin papeles”. Así, se ha venido configurando un **sistema de co-control del trabajador migrante**, siendo **sujetos controladores el poder público y el patrón empleador**, lo que convierte al colectivo de trabajadoras y trabajadores migrantes en uno de los más idóneos para ser sometido a las condiciones de trabajo más precarias, dada su **situación de especial vulnerabilidad jurídica frente al empleador**. Como detallaremos más adelante, el sistema se caracteriza también en que el que el trabajador extranjero va progresando en la adquisición de derechos, hasta acceder a un **“status jurídico” equiparable al de un trabajador autóctono cuando obtiene el permiso de residencia permanente**. En la culminación exitosa de ese proceso intervienen con frecuencia factores tales como la mejor o peor relación que el trabajador mantenga con su patrón, o el grado de inserción en las “redes sociales de su entorno”.

**La duración del proceso**, con la normativa actual (no estando prevista de momento una nueva regulación masiva de trabajadores extranjeros como las que se realizaron en 2000, 2001 y 2005), y tomando en consideración el tiempo medio que puede pasar el trabajador extranjero en situación irregular, así como los sucesivos retrasos de la Administración en la tramitación de sus solicitudes, puede **llegar a ser de diez años**.

### III. 2 Líneas definitorias de la legislación para extranjeros.

La evolución normativa que hemos señalado responde tanto a la adaptación por parte del estado español al fenómeno migratorio producido en su territorio durante los últimos años, como a una **política europea común**, definida en el seno de una serie de cumbres de alto nivel de los países miembros de la UE, caracterizada por el **aumento del control sobre el trabajador migrante regular, así como de la represión sobre el trabajador "sin papeles"**.

En esta línea, si bien los estados comunitarios no han adoptado un Reglamento común sobre inmigración, lo que si han hecho es definir una serie de directrices que deben informar la legislación de cada país. Así, el punto de partida de esa política coordinada podría ser la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de noviembre de 2000, cuyas recomendaciones se materializaron en **el Consejo de Europa celebrado en Sevilla en junio de 2002**. Con este estado de cosas, cabría destacar como principales líneas políticas de control de la migración presentes en la normativa actual las siguientes:

- **Vinculación del "flujo migratorio" a las necesidades del mercado:** Esto ha venido incorporándose a la normativa española con distintos métodos, que pretenden fomentar que las empresas contraten a sus trabajadores extranjeros directamente en sus países de origen. La escasez de trabajadores autóctonos para el puesto de trabajo ofrecido debe quedar acreditada, antes de realizar solicitudes de permisos de trabajo para trabajadores no comunitarios.
- **Endurecimiento de las condiciones de obtención de permiso de residencia y trabajo.** Como desarrollaremos en el siguiente punto, el avatar legislativo no ha dejado de endurecer las condiciones de acceso a la legalidad administrativa para los extranjeros, sellando casi por completo las vías de acceso ordinarias al permiso de residencia y trabajo.
- **Transferencia de la legitimación para solicitar su Autorización de Residencia y Trabajo de la trabajadora migrante a su empleador.** También se ha venido incorporando a la mayoría de los procedimientos de obtención de permiso de trabajo (inclusive cuando lo solicitan personas

con permiso de residencia). Mientras que antes era el propio trabajador quien pedía su permiso de trabajo adjuntando a su solicitud una oferta de trabajo y documentación de la empresa ofertante, ahora, en la mayoría de de las formas de solicitud previstas en la normativa con excepción por el momento de la de arraigo social, **el propio empleador es el único que puede solicitar para el trabajador migrante la Autorización inicial de Residencia y Trabajo.**

- **Flexibilización de los sistemas de acceso al permiso de residencia y trabajo.** Se viene recomendando desde la UE el desarrollo de legislaciones y prácticas administrativas moldeables que permitan hacer una gestión del “flujo migratorio” acorde con las necesidades coyunturales del mercado. Esto **se materializa en un sistema legal de mínimos que deja numerosas cuestiones a la discrecionalidad de la Administración**, desde donde se pueden adoptar distintos criterios interpretativos de la normativa o ritmos de resolución de los procedimientos administrativos sobre extranjería en función del momento o de la provincia en que nos encontremos, como pasa en España. Este “modus operandi” genera gran inseguridad jurídica en el extranjero al que se ocasiona angustia por la inestabilidad de su situación legal y consecuentemente una mayor predisposición en él a ser explotado laboralmente.
- **Escalonamiento, siempre condicionado**, de las situaciones administrativas por las que debe ir pasando la trabajadora migrante antes de obtener un permiso de residencia permanente. La Comisión Europea acuñó el término de **“ciudadanía cívica”**, que supuestamente el trabajador extranjero debe demostrar para acceder al sistema de derechos de los trabajadores autóctonos, al que se acerca cuando obtiene el permiso de residencia permanente.
- **Incremento en la inversión para la represión de la inmigración ilegal y Coordinación comunitaria de las políticas de control de la misma.** Contrariamente a la denominación dada por el legislador a la Ley de extranjería (“sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su **integración social**”), lo cierto es que las directrices de la política migratoria de la UE ya en 2002 ponen el acento en la

necesidad de aumentar extraordinariamente la represión de la inmigración ilegal, relegando la cuestión de la integración social de los extranjeros al plano de lo marginal. **Recientemente, uno de los motivos de la rapidez de con la que se ha tramitado en la Eurocámara la Directiva de Retorno (“Directiva de la vergüenza”) ha sido la necesidad de desbloquear un fondo de la UE de 676 millones de euros previstos íntegramente para la financiación de deportaciones.** Ya la Comunicación de la Comisión al Consejo de Europa en el año 2000 refería **tres conclusiones en materia de represión** de la inmigración irregular que se han visto materializadas en los años posteriores:

- a) **Endurecimiento de la legislación sancionadora estatal y aumento de la inversión pública en la represión de la inmigración ilegal.** En este aspecto se han producido cambios de gran profundidad en el estado español, en el aspecto legislativo, con entre otras medidas, la introducción del **procedimiento sancionador preferente** en la primera reforma de la actual Ley de extranjería que se denominó Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Con aplicación de dicho procedimiento sancionador, se da al extranjero (normalmente detenido en caso de aplicársele este procedimiento) el plazo de tan solo 48 horas para hacer alegaciones frente a la propuesta de su expulsión. En cuanto al **aumento de los dispositivos administrativos represores de la inmigración irregular**, éste ha sido bien visible en los últimos años, con la creación de numerosos Centros de Internamiento para extranjeros en varias provincias (**en el año 2000 no existía en Madrid un centro de detención preparado específicamente para este fin**), el exponencial incremento de la dotación policial destinada a la persecución de la inmigración irregular, los futuristas blindajes de las fronteras de Ceuta y Melilla, etc, etc.
  
- b) **Gestión coordinada del control de las fronteras exteriores.** Para la realización comunitaria de esta gestión se creó en 2004 la **Agencia Europea para la gestión coordinada de las fronteras exteriores (FRONTEX)**, creada en virtud del Reglamento (CE) nº 2007/2004, del Consejo, de 26/10/2004. Este organismo dirige y financia políticas comunes contra el inmigrante irregular en las fronteras de la UE, da formación a los

guardias transfronterizos de los países comunitarios, y asistencia técnica y operativa a aquellos países que como España deben desempeñar mayores tareas anti-inmigración en frontera. Desde su puesta en funcionamiento se ha intensificado considerablemente la vigilancia sobre las rutas marítimas que utilizan los trabajadores extranjeros para llegar a España, lo que **ha generado un fuerte incremento de las muertes de inmigrantes en alta mar**, por verse éstos obligados a tomar rutas cada vez más arriesgadas para evitar los dispositivos del FRONTEX.

- c) **Desarrollo de políticas de acuerdos de la UE con terceros países tendentes a garantizar su colaboración en la represión de la inmigración irregular.** Se han venido cerrando acuerdos de distinto tipo con terceros países, nuevos acuerdos de repatriación (Mauritania, Senegal), y acuerdos de colaboración en la represión de la inmigración normalmente vinculados a la percepción de fondos para la cooperación de la UE (Marruecos, Senegal, Malí). En el punto 34. de las conclusiones del Consejo europeo de Sevilla de 2002 quedó dicho :

*“El Consejo Europeo subraya la importancia de asegurarse la colaboración de los países de origen y de tránsito para la gestión conjunta y el control de fronteras y para la readmisión. **Esta readmisión por parte de terceros países incluirá la de sus propios nacionales presentes ilegalmente en un Estado miembro y, en las mismas condiciones, la de los nacionales de terceros países de cuyo tránsito por el país de que se trate haya constancia**”.*

Y a continuación, **en el punto 35 se dice:** *“El Consejo Europeo estima que hay que llevar a cabo una evaluación sistemática de las relaciones con los terceros países que no colaboren en la lucha contra la inmigración ilegal. Esta evaluación se tendrá en cuenta en las relaciones de la Unión Europea y sus Estados miembros con los países afectados, en todos los ámbitos pertinentes. **Una colaboración insuficiente por parte de un país podría dificultar la intensificación de las relaciones de dicho país con la Unión**”.*

## **IV. EL LARGO CAMINO DE LA TRABAJADORA INMIGRANTE HACIA LA ESTABILIDAD JURÍDICA**

Como hemos apuntado anteriormente, el sistema de control legal sobre la inmigración en España al igual que en otros países, se caracteriza por la progresiva adquisición de derechos que el extranjero va adquiriendo a lo largo del tiempo, desde que se encuentra en el territorio del estado en situación irregular (momento en que también tiene derechos aunque se los nieguen), hasta que con el paso del tiempo y la obtención de sucesivas renovaciones de sus papeles, obtiene un permiso de residencia permanente (tras acreditar cinco años de residencia legal continuada en España), momento en que accede a un "status jurídico" que se acerca al del trabajador autóctono. Si se toma en cuenta el tiempo medio que una trabajadora inmigrante puede pasar "sin papeles", este gradual proceso de adquisición de derechos hasta la equiparación con los trabajadores nacionales puede durar actualmente hasta diez años. En este apartado se describen las distintas fases por las que pasa el trabajador extranjero hasta la adquisición del status de residente permanente, dando un especial tratamiento a la que llamamos **fase 0, en la que se describen los derechos que tienen en España los trabajadores extranjeros "sin papeles"** y los modos de acceso a la legalidad que quedan en la legislación de extranjería actual.

### ***FASE 0:*** **SITUACIÓN IRREGULAR**

La situación jurídica en la que se encuentran las **cientos de miles de personas inmigrantes que residen y trabajan en España** sin la preceptiva autorización administrativa de residencia y trabajo es difícilmente definible, sujeta permanentemente al azar y la arbitrariedad de la Administración. Esto se debe, como es lógico, a la paradoja de que el propio sistema de reconocimiento de derechos de las personas "sin papeles" tiene como fin prioritario la represión y expulsión de las mismas.

Partiendo de esa base, existen diferentes opiniones tanto en la Administración como en el Poder Judicial y la Doctrina respecto al tratamiento que dar a las personas en situación irregular. Por un lado, hay posturas que priorizando la falta de derecho del "sin papeles" a encontrarse en España, opinan que éste carece de prácticamente todo derecho frente a las instituciones, más allá del reconocimiento de su integridad física, encontrándose así en una especie de **inexistencia jurídica** ( Diez Picazo, Sagardoy). En tanto que **otras posturas** dentro de las propias instituciones, con base en el reconocimiento de la realidad de la existencia del trabajador migrante en España, **sí lo reconocen como sujeto de determinados derechos sociales, laborales, y civiles** (derecho de asociación). Si bien en los últimos años han venido preponderando a nivel legislativo y judicial las posturas reconocedoras de algunos derechos a las personas en situación irregular, es posible que esta tendencia se vea revertida en poco tiempo, dadas las voces cada vez más represivas que se están oyendo en el ámbito político. Téngase en cuenta en este sentido la propuesta legislativa impulsada en el Senado por Coalición Canaria y apoyada por el Partido Popular el pasado año 2007, por la que se pretendía eliminar el acceso al padrón a los extranjeros irregulares, así como eliminar el derecho de estas personas a la sanidad pública, el aumento del periodo de reclusión en Centros de Internamiento de Extranjeros a 70 días, entre otras medidas fuertemente represivas (**dedicamos un boletín expreso a este tema en enero de 2008, nº 115, denominado "Sobre derechos de las personas inmigrantes"**).

Si bien el año pasado la propuesta de reforma legislativa en materia de represión de la inmigración no prosperó, es muy probable que en breve se impulse desde el Gobierno otra reforma legislativa de semejantes características. En esta misma línea el Partido Popular ha tratado de introducir recientemente en España el llamado **"contrato para la integración"** impulsado por el presidente francés Sarkozy en la UE, consistente en que todo extranjero que pretenda obtener una autorización de residencia y trabajo de duración superior a un año esté obligado a suscribir con el estado un contrato por el que se comprometa a aprender la lengua así como los usos y costumbres del país de "acogida", si quiere renovar su autorización al término de su vigencia. En **Alemania** se viene obligando a los extranjeros legales desde la aprobación de la llamada **"Ley para la integración"** en 2005 a superar una serie de exámenes sobre la lengua y cultura alemanas a fin de poder optar a las prestaciones sociales que les correspondan. En el estado español, la propuesta del PP ha sido rechazada de momento por las Cortes el pasado 10 de junio de 2008.

## 0.1 DERECHOS BÁSICOS DE LAS PERSONAS INMIGRANTES "SIN PAPELES"

### A) DERECHOS DERIVADOS DE LA RELACIÓN LABORAL

***Art. 7 c) del Estatuto de los Trabajadores:* "Podrán contratar la prestación de su trabajo: c) Los extranjeros, de acuerdo con la legislación específica sobre la materia"**

***Art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000:* Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. **La carencia de la correspondiente autorización** por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, **incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.****

Uno de los pocos elementos positivos de la Ley Orgánica 4/2000, actual Ley de extranjería, es que vino a establecer que con independencia de las responsabilidades que pudieran derivarse de la contratación laboral de trabajadores extranjeros en situación irregular, ello no **invalidaría los derechos laborales del trabajador (actual artículo 36.3, antiguo artículo 33 de la L.O. 4/2000)**. Antes de reconocerse esto por Ley, la judicatura entendía que al ser la relación laboral de la trabajadora "sin papeles" nula de pleno derecho, por haberse hecho contra la Ley, no cabía reconocer la validez de ninguna reclamación de la trabajadora derivada de la misma (en ese sentido **Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997**). Esta situación fomentaba el abuso patronal, ya que el empleador sumaba al beneficio económico obtenido con explotación de trabajadores "sin papeles" la garantía de que estos trabajadores no podían reclamar en su contra ni siquiera acreditando la existencia de la relación laboral.

En el momento actual, el trabajador sin papeles, **si consigue acreditar la relación laboral** y las condiciones propias de su relación laboral (duración de la jornada, funciones, etc,etc) **tiene derecho a reclamar las mismas condiciones de trabajo y salariales que le sean de aplicación por contrato o convenio a un trabajador legal en su misma situación.**

En materia de **DESPIDO**, se reconoce el **derecho del trabajador** inmigrante "sin papeles" a reclamar la **indemnización** que marca el Estatuto de los Trabajadores en caso de despido improcedente. En este sentido es paradigmática la **Sentencia 3396/2002 de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 14 de mayo de 2002**, por ser la primera resolución de un TSJ en la que se declaró el derecho de trabajadores "sin papeles" despedidos a percibir indemnización por despido improcedente. Existe también una doctrina favorable a reconocer incluso la posibilidad de la readmisión de la trabajadora "sin papeles" despedida, que se fundamenta en la posibilidad de que el reconocimiento en sentencia de la relación laboral sirviera como presupuesto para conceder el permiso de trabajo, si bien no conocemos sentencias que asuman esa tesis.

**B) DERECHO A LA PERCEPCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES DERIVADAS DE LA RELACIÓN LABORAL: Obligación de cotizar del empresario, incapacidades derivadas de contingencias comunes y profesionales, desempleo.**

- ***Ley Orgánica 4/2000. Artículo 10 Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.*** 1. Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al **acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente**"
- ***La Ley Orgánica 4/2000 Artículo 14. Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales.*** 1. Los extranjeros residentes tendrán **derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.** 2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas."

- **Ley Orgánica 4/2000 Artículo 36.3**

*“ Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, **sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social**, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, **ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle**”.*

- **Ley Orgánica 4/2000 Artículo 57.5. d)**

*“La sanción de expulsión no podrá ser impuesta,....., a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un **accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España**, así como los que perciban una **pensión contributiva de desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral**”.*

- **Ley General de la Seguridad Social. Artículo 7** Extensión del campo de aplicación. **1.** Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los **extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España**, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes...

- **Ley General de la Seguridad Social Artículo 15. Obligatoriedad.** **1.** La cotización es obligatoria en los Regímenes General y Especiales. **2.** La **obligación de cotizar nacerá desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente**, determinándose en las normas reguladoras de cada Régimen las personas que hayan de cumplirla.

- **Ley General de la Seguridad Social Artículo 106.** Duración de la obligación de cotizar. **1.** La **obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba.**

- **Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Artículo 48** Incremento de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo. **Uno.** Cuando **se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios.**

Como puede comprobarse por los preceptos legales enunciados, en línea con lo explicado más arriba respecto de la **indefinición** que caracteriza la regulación de la situación del trabajador migrante "sin papeles", la normativa que regula las obligaciones y derechos en materia de protección social derivados de la relación de trabajo entre éste y su empleador presenta significativas **contradicciones, y da lugar también a pronunciamientos judiciales dispares.**

En un primer momento tanto los artículos 10.1 y 14.1 de la Ley de Extranjería como el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social parecen claros cuando limitan el acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social a los extranjeros con autorización de residencia. Sin embargo, el poder legislativo en la última reforma de la Ley de extranjería que entró en vigor en diciembre de 2003 introduce una precisión en el **artículo 36.3 de la Ley**, donde dice que la falta de autorización de trabajo no invalidará los derechos del trabajador derivados del contrato de trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades que deriven para el empresario, **incluidas aquellas en materia de Seguridad Social.**

Con este añadido, el legislador afirma expresamente **la obligación para el empresario de cotizar al régimen de la Seguridad Social que proceda por los trabajadores "sin papeles" que tenga empleados.** Esto, de manera no específica, podía entenderse también de los preceptos arriba citados de la Ley General de la Seguridad Social que establecen que la obligación de cotizar por el trabajador nace para el empresario desde el mismo momento en que se inicia la relación laboral. Esta obligación para el empresario había sido ya declarada por la **Sala de lo Contencioso**

**Administrativo del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras la de 2 de diciembre de 1998**, basándose en que de no ser declarada la obligación de cotizar, la contratación de irregulares era rentable para el empresario aún asumiendo el costo de las posibles sanciones, obteniendo de esa manera **rendimiento económico de la infracción**.

Está establecida por tanto la obligación del empresario de cotizar por sus trabajadores en situación irregular, **lo que no está claro, ni la opinión es unánime es la cuestión relativa a las prestaciones derivadas de esas cotizaciones a las que tiene derecho la trabajadora migrante**. La Tesorería General de la Seguridad Social emitió una Circular el 13 de febrero de 2001, por la que daba la orden a sus administraciones de no reconocer en ninguna circunstancia el derecho a la percepción de prestaciones sociales contributivas a los trabajadores extranjeros en situación irregular. Para tratar de aclarar la cuestión, el legislador, dentro de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social* (leyes que se suelen utilizar como cajón desastre para regular materias de toda índole) introduce el Artículo 41 (arriba citado), en el que establece que el empresario que contrate a trabajadores inmigrantes en situación irregular deberá pagar la sanción que corresponda incrementada en el costo de las cotizaciones a la Seguridad Social que debiera haber pagado por el tiempo de duración de la prestación de servicios. Con esta regulación, las opiniones más conservadoras mantienen que si bien el empleador tiene obligación de pagar las cotizaciones si se demuestra que ha tenido contratadas a trabajadoras "sin papeles", ello no revierte en el derecho de estas a la percepción de las prestaciones que procedan, sino que son cuotas a pagar tan solo en concepto de sanción.

Afortunadamente, esto no se ha quedado así por completo. Con base en el **Convenio nº 19 de la Organización Internacional del Trabajo**, relativo a la **igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo de 1925** (ratificado por España en 1928), así como en el propio Artículo 57.5.d) de la Ley Orgánica 4/2000, la **Sala Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de Junio de 2003, recaída en los autos de recurso de casación para la unificación de doctrina nº 4217/2002 establece con rotundidad el derecho del trabajador extranjero "sin papeles" a la percepción de las prestaciones sociales derivadas de las situaciones de incapacidad derivadas de ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL**, así como la responsabilidad subsidiaria de la Seguridad Social en el pago de dichas prestaciones. Es importante también que el Supremo declaró en la sentencia la irrelevancia para el reconocimiento del derecho del trabajador de la circunstancia de que su país de origen haya firmado

o no el Convenio nº 19 de la OIT (no debe exigirse para el reconocimiento del derecho la reciprocidad en la suscripción del Convenio al estado de procedencia del trabajador).

En cuanto a la **PROTECCIÓN POR DESEMPLEO**, la administración laboral no reconoce en ningún caso el derecho de los trabajadores en situación irregular a percibir la prestación por desempleo, ni siquiera cuando se haya acreditado en sede judicial la existencia de una relación laboral de una trabajadora "sin papeles" y se haya obligado a su empleadora a pagar las cotizaciones a la Seguridad Social derivadas de la misma. Esta firme posición de la autoridad laboral ha sido puesta en tela de juicio por la **Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos, núm. 219/2006, de 14 de marzo, por la que se reconoce el derecho a un trabajador con casi dos años trabajados en situación irregular, a recibir prestaciones por desempleo, condenando a las empresas empleadoras y al INEM a estar y pasar por dicha declaración.** La Sala adopta en este pronunciamiento criterios innovadores respecto al reconocimiento de la realidad social en la que se produce la relación laboral del trabajador en situación irregular, priorizando los derechos del trabajador extranjero sobre cualquier otra consideración referente a su situación administrativa, y declarando que partiendo de la base de que el contrato laboral de un trabajador no es un contrato nulo, **"sería contrario a la Ley no reconocer al mismo los derechos derivados de su actividad laboral, entre ellos lógicamente el derecho al desempleo si reúne los requisitos exigidos para cualquier español para su obtención"**. Toma en consideración los Convenios suscritos por España en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, **en este caso el *Convenio nº 44 OIT, de 1934 (ratificado por España en 1971) por el que se garantizan indemnizaciones o subsidios a desempleados involuntarios,*** afianzando la posición doctrinal consistente en que la observancia de estos acuerdos no puede ser dejada de lado en materia de regulación de las relaciones laborales con extranjeros sin autorización para trabajar.

Esta sentencia del TSJ de Castilla y León ha sido duramente criticada por diversos sectores de la doctrina laboral y administrativa, ya que sus razonamientos abren la puerta de acceso para las trabajadoras "sin papeles" **a todo el sistema de prestaciones contributivas de la Seguridad Social, entre las que cabe destacar las prestaciones por incapacidad temporal y permanentes para el trabajo derivadas de contingencias comunes.** Por este motivo, y dado el clima político actual de fomento del control y represión de la inmigración a todos los niveles, es poco probable que el audaz pronunciamiento del TSJ de Castilla y León se confirme por el Tribunal Supremo.

## C) DERECHO A LAS PRESTACIONES SOCIALES BÁSICAS

El artículo 14.3 de la Ley Orgánica 4/2000 es bastante claro cuando dice, **“Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”**. Esto quiere decir, que las personas extranjeras en situación irregular tienen derecho a las prestaciones y ayudas, de carácter asistencial que gestionan fundamentalmente los Ayuntamientos y las Comunidades Autónomas, como por ejemplo los servicios de **atención domiciliaria** para personas impedidas, las subvenciones de **comedor** para las niñas hijas de personas con menor nivel de recursos, o la percepción de la Renta Mínima de Inserción (**REMI**) que conceden los Servicios Sociales. Las CC.AA. y la mayoría de Ayuntamientos niegan el derecho de los extranjeros en situación irregular a la percepción de estas ayudas, **quebrantando con ello el principio de igualdad, ya que no existe ninguna base en la Ley de Extranjería que permita discriminar a las personas “sin papeles”** en esta materia, antes al contrario, la Ley reconoce expresamente estos derechos a los extranjeros, con independencia de su situación administrativa.

## D) DERECHO A LA SALUD

El artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconoce el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia habitual en España. Precizando un poco más en cuanto a los extranjeros, el **Artículo 12 de la Ley de Extranjería consagra el Derecho para estos a la asistencia sanitaria, con carácter general e independencia de su situación administrativa, en las mismas condiciones que los españoles (asistencia gratuita para todas las personas con insuficiencia de recursos)**. El único requisito de acceso es el **constar empadronado** en un municipio del estado. Sabiendo esto, la tendencia de una buena parte de administraciones municipales es la de dificultar considerablemente la inscripción en el padrón a las personas inmigrantes en situación irregular, de hecho la propuesta de reforma del régimen de extranjería impulsada el año pasado en las Cortes por Coalición Canaria y el Partido Popular (ver boletín nº 115) proponía condicionar el acceso al Padrón de habitantes a la obtención de autorización de residencia. Con esa medida, **se conseguiría eliminar la visibilidad como habitantes de las personas extranjeras en situación irregular**, e impedir así su acceso a la salud pública así como a otros recursos a los que

tienen derecho en tanto que habitantes (a la educación de los menores de edad por ejemplo).

Además, el artículo 12 de la Ley de Extranjería reconoce el derecho a la sanidad pública con independencia del requisito del empadronamiento, para todas las personas en situación de necesidad urgente, a los menores y a las mujeres embarazadas durante el embarazo, parto y post-parto con carácter general.

## **E) DERECHO A LA EDUCACIÓN**

El artículo 9.1 de la Ley de extranjería garantiza el **derecho a la educación obligatoria** para todos los extranjeros menores de edad, con independencia de su situación administrativa, en las mismas condiciones que a los estudiantes autóctonos. En cambio, el **artículo 9.3 de la misma Ley**, venía a excluir a los extranjeros en situación irregular del acceso a la educación de naturaleza no obligatoria, **así como al sistema público de ayudas y becas**. De esta manera, la Ley solo reconocía a las personas "sin papeles" el acceso a la enseñanza primaria y a la enseñanza secundaria obligatoria (E.S.O), que normalmente se completa a la edad de 16 años. De esta manera con base en la Ley se dejaba fuera del acceso a niveles superiores de educación ( Bachillerato, Formación Profesional, Universidad) a personas "sin papeles" que no habían alcanzado la mayoría de edad. Esta limitación ha sido declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia nº 236/2007 de 7 de noviembre de 2007, donde se dice *"el derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor"*. Por este motivo, el TC declaró nulo el inciso "residentes" del Art. 9.3 de la Ley de extranjería, por lo que en principio toda persona extranjera menor de edad tenga o no papeles debe poder acceder a la educación superior, así como al sistema de ayudas y becas, en las mismas condiciones que el resto de la población estudiante.

## **F) DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

En principio, la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción que quedó tras la reforma regresiva operada en la misma por la Ley Orgánica 8/2000, en su artículo 22.2, así como el artículo 2 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante AJG) **exigían la condición de residente legal** como condición para el ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los españoles (acreditando insuficiencia de recursos para litigar).

En el texto original de la Ley se reconocía a los extranjeros “sin papeles” el derecho a la asistencia jurídica “de oficio” **tan solo en aquellos procedimientos administrativos y judiciales en los que se decidiera sobre su expulsión del territorio estatal**. Esta exclusión del acceso a la AJG generaba tal problemática que fue rápidamente recurrida por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional, que declaró dicho precepto restrictivo inconstitucional y nulo en **Sentencia 95/2003, de 22 de mayo**.

En esta Sentencia, el TC considera que el acceso a la AJG es una parte esencial del **derecho a la tutela judicial efectiva** (Artículo 24.1 de la Constitución) del que son titulares todas las personas con independencia de su situación administrativa por imperativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 10), entre otros textos internacionales suscritos por España, por lo que concluye declarando ***“Al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación”***.

La cuestión de la Asistencia Jurídica Gratuita, que podría parecer lógica a cualquier persona desde una perspectiva de mínimo respeto por los derechos humanos, no está tan clara en el seno de la UE, ya que por ejemplo para la reciente aprobación el pasado 5 de junio de 2008 por los Ministros de Interior de los países miembros de la **Directiva de sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular (Directiva de la vergüenza)** ha sido necesario **eliminar el precepto que garantizaba la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en los procedimientos de expulsión**, ya que determinados estados (Alemania, Austria y Grecia) pusieron como condición “sine qua non” para dar su voto favorable la eliminación de dicha garantía.

## **G) DERECHOS COLECTIVOS: DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL, RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA HUELGA**

Dentro del paquete de medidas restrictivas de derechos que supuso la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (primer texto de la actual Ley de extranjería) transcurridos apenas 11 meses de la aprobación de ésta, fue la reforma del **Artículo 11 de la Ley, en el sentido de condicionar el reconocimiento y por tanto la protección de los derechos de libre sindicación y ejercicio de huelga de los trabajadores**

**extranjeros a la obtención por estos de la preceptiva autorización de residencia y de trabajo**, requisito que no estaba establecido en el articulado primitivo de la Ley.

Esta anulación absoluta de los derechos colectivos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras inmigrantes “sin papeles” ha sido por suerte abolida en recientes Sentencias del Tribunal Constitucional, la **STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007** (que trata sobre el reconocimiento de la libertad sindical entre otros derechos) y la **STC 259/2007 de 19 de diciembre**, (centrada en el reconocimiento del derecho a la huelga) y la **STC 260/2007**, en las que se ha declarado inconstitucional la inclusión del término *“residentes”*, como condicionante en el artículo 11 de la Ley que regula estos derechos.

En fundamentación de su decisión, el TC razona en resumen que de una interpretación del Artículo 28 de la Constitución (libertad sindical y derecho a la huelga) acorde a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Tratados Internacionales sobre DDHH y específicos sobre derechos de los trabajadores, **solo cabe concluir que *“no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio por parte de los trabajadores del derecho a sindicarse libremente, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo , y, en consecuencia para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador”***. En apoyo de su tesis, la sentencia cita entre otros el artículo 23 de la DUDH, el artículo 22 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11.1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho de toda persona a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. Consideró el TC de aplicación también en virtud del Artículo 10 de la Constitución el **Convenio núm. 87 de la OIT, sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación de 1977** (numerosos convenios de la OIT suscritos por la mayoría de estados de la UE son a menudo ignorados por los poderes públicos) en cuyo **Artículo 2 *“se garantiza a los trabajadores sin ninguna distinción, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”***.

La lectura de la primera de estas sentencias, la STC 236/2007, de 11 de noviembre, tiene gran interés no solo por la indudable trascendencia de la declaración de nulidad de determinados artículos de la Ley de Extranjería, sino porque recogiendo también el resumen de las tesis de la Abogacía del Estado en defensa del texto restrictivo de la Ley, **refleja las contradicciones jurídicas existentes en el seno del Estado de Derecho con respecto a la represión del**

trabajador extranjero “sin papeles”, la oposición entre la observancia de un mínimo respeto a las normas internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado, frente a la postura netamente restrictiva, en este caso representada por la Abogacía del Estado (AE), que desconoce al extranjero irregular como sujeto titular de derechos. En esa línea, planteaba el AE en oposición al recurso de inconstitucionalidad, que estando los derechos de los extranjeros contenidos en la constitución, pero siendo de regulación legal, la **autorización administrativa de residencia debe entenderse como un requisito constitutivo** para atender al resto de los derechos de los extranjeros en España, es decir, se niega la existencia de los cientos de miles de trabajadores extranjeros “sin papeles” como titulares de derechos. De hecho dice literalmente que: **“si el presupuesto del ejercicio de los derechos fundamentales es la estancia o residencia en España, resulta difícil reconocer estos derechos a quienes no deben estar en territorio español”**.

Esta teoría esgrimida aquí por la Abogacía del Estado es la base, no solo en España sino también en el resto de los estados de la UE, para ignorar en materia de regulación del régimen legal de los trabajadores extranjeros indocumentados toda la normativa internacional sobre derechos humanos suscrita por los estados europeos desde el final de la segunda guerra mundial.

Si bien **es necesario precisar**, que mientras que la inclusión del término **residentes** en el Artículo 11.2 de la L.O. 4/2000 como condicionante del derecho de huelga ha sido **declarada inconstitucional y nula (STC 259/2007) y por tanto expulsada del ordenamiento jurídico**, no ha tenido igual tratamiento el condicionante de tener autorización de residencia respecto del Artículo 11.1 de la Ley que trata el derecho de libertad sindical, ya que con respecto a este último se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad (**vid. Fundamento jurídico 17 de la STC 236/2007**). El TC viene a decir que no declara la nulidad del precepto para que sea el legislador quien regule nuevamente esta materia.

## **H) DERECHOS CIVILES: DERECHO DE ASOCIACIÓN, DE REUNIÓN PACÍFICA Y DE MANIFESTACIÓN.**

Al igual que pasó con los derechos de sindicación y huelga, la reforma restrictiva de la Ley Orgánica 4/2000, llamada Ley Orgánica 8/2000, preparada a toda prisa por el gobierno entonces del PP para cargarse buena parte de los aspectos más progresistas del texto original de la Ley de extranjería, modificó los artículos 7 (libertad de reunión y manifestación) y 8 (libertad de asociación), para excluir de

la titularidad de esos derechos a los extranjeros "sin papeles", que reconocía el texto original de la Ley.

La revisión constitucional de esta restricción de derechos ha sido también objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional citada anteriormente, la **STC 236/2007, de 11 de noviembre**. En la misma, el TC vino a recordar al legislador el contenido del **Artículo 20.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reza literalmente "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas"**, así como otros preceptos de similar redacción contenidos en el Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, al igual que con la regulación del derecho de libertad sindical, **la STC 236/2007 declara la inconstitucionalidad pero no la nulidad de los preceptos que excluyen de los derechos de asociación y reunión pacíficas a los extranjeros en situación irregular**. En lugar de declararlos nulos directamente, el TC hace como hemos dicho una remisión al legislador para que sea éste quien haga una nueva redacción del precepto que sea respetuosa con la Constitución.

**¿Cómo interpretar estas sentencias?** En mi opinión, la tibia actitud del TC se relaciona con lo anteriormente expuesto sobre las dudas que generan las contradicciones entre la represión de los derechos de los extranjeros en situación irregular y el mínimo respeto por los Derechos Humanos. Lo que entendemos viene a querer decir **es que es inconstitucional la exclusión absoluta del inmigrante "sin papeles" de la titularidad de los derechos de libre asociación, reunión pacífica y sindicación, pero no sería inconstitucional una titularidad parcial de estos derechos, de manera que se hiciera diferenciación legal en el ejercicio de los mismos entre el inmigrante "sin papeles" y el inmigrante legal**. De momento, **al no existir esa diferenciación legal, entendemos que no cabe que los poderes públicos limiten a los trabajadores en situación administrativa irregular el ejercicio de sus legítimos derechos a asociarse libremente, reunirse y manifestarse en forma pacífica y sindicarse libremente para la defensa de sus intereses**.

## **0.2 VÍAS DE ACCESO ORDINARIAS PARA LA OBTENCIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO.**

El objeto del presente apartado es hacer una breve descripción de las vías de acceso más frecuentes por las que las trabajadoras inmigrantes pueden acceder en la actualidad a la autorización de inicial de residencia y trabajo. Se centra por tanto en los permisos de trabajo y residencia que consideramos más habituales, dejando al margen las vías por las que se obtiene tan solo un permiso de residencia sin autorización par trabajar (reagrupación familiar), así como otros permisos de utilización menos habitual para la gran mayoría de trabajadores foráneos como los denominados por "razones de protección internacional" ( Art. 45.3 del R.D. 2393/2004, por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Extranjería) o los concedidos por "circunstancias humanitarias" (Art. 45.4 del R.D. 2393/2004).

### **A) RÉGIMEN GENERAL DE OBTENCIÓN DE AUTORIZACIÓN INICIAL DE RESIDENCIA Y TRABAJO (EN ADELANTE ATR).**

**El procedimiento para su solicitud se basa en los artículos 36 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, y se regula en los artículos 49 a 53 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre por el que se aprobó el actual reglamento de la L.O. 4/2000.**

Desde el año 2000 en que se aprobó la Ley de Extranjería, las sucesivas reformas de la misma así como de sus reglamentos de desarrollo han blindado el régimen e acceso para los extranjeros a la autorización inicial de residencia y trabajo por el denominado régimen general, que entonces era la vía de acceso ordinaria a la legalidad, **hasta el punto que el uso de esta vía se ha convertido en residual.**

En el momento de aprobación de la Ley, y de su primer reglamento que fue aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio de 2001, el procedimiento consistía en que **era el propio trabajador extranjero quien solicitaba para sí su autorización de residencia y trabajo** (adjuntando una oferta de empleo y documentación acreditativa de la empresa oferente), y posteriormente tenía que viajar al Consulado español de su país para

solicitar el correspondiente visado de residencia, normalmente sabiendo de antemano que tenía concedida la ATR. Existía además un trámite específico para la eximir del requisito de viajar a por el visado a los solicitantes que tenían vínculos familiares con residentes legales.

En cumplimiento de las directrices de la UE para el control de los “flujos migratorios”, esta situación ha cambiado radicalmente, primero con las reformas de la L.O. 4/2000 y su reglamento producidas en el año 2003, consolidándose después con la aprobación del actual Reglamento de la Ley de Extranjería, el R.D. 2393/2004, hecho ya por el gobierno del PSOE, y presentado inexplicablemente por los poderes públicos y la prensa a la sociedad como norma progresista y respetuosa con los derechos de los inmigrantes, cuando supone la consolidación y el avance en la dirección de blindar el régimen de acceso a la legalidad a los cientos de miles de trabajadores extranjeros que residen en España en situación irregular.

Actualmente, **es la empresa o empleador individual quien tiene que presentar** una solicitud de autorización de residencia y trabajo para el trabajador extranjero. Se exige además que en ningún momento de la tramitación de la solicitud **se ponga de manifiesto que el extranjero se encontraba en España en situación irregular al momento de hacerse la solicitud.** La oferta de empleo solo puede hacerse además para alguna de los puestos que publica trimestralmente el INEM en un listado por provincias denominado **Catálogo de Ocupaciones de difícil cobertura.** Determinadas administraciones provinciales exigen además que la empresa o el empleador individual acrediten su capacidad económica para hacer frente a las obligaciones derivadas del puesto de trabajo ofrecido. Una vez concedida la ATR, el trabajador debe solicitar el correspondiente visado de residencia en el consulado español de su país de origen, donde deberá pasar un nuevo control administrativo, y le podrán denegar el acceso al territorio del estado español si incumple alguno de los requisitos ( no pasar el preceptivo control sanitario en la clínica privada reconocida por el Consulado por ejemplo), o se sospecha que en algún momento anterior se encontraba en España en situación irregular.

En definitiva, los requisitos establecidos para la obtención de la ATR por la **vía ordinaria son prácticamente inexpugnables,** el procedimiento viene durando por regla general una media de 9 meses a más de un año, y lógicamente hay pocos empleadores dispuestos a esperar todo ese tiempo para contratar a un trabajador y a acometer la titánica carga burocrática que el procedimiento exige. **Por estos motivos, el régimen ordinario de obtención del**

**permiso inicial de residencia y trabajo es una figura legal en desuso.**

## **B) EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS**

Es el sistema de tramitación de permisos de permisos de residencia y trabajo para trabajadores extranjeros que se encuentren en sus países de origen, que estaba presente ya en el primer reglamento de la Ley de extranjería. **(Art. 65 del R.D. 864/2001)**. La medida fue presentada en su día por el Gobierno como **“piedra angular” de la política de inmigración en España**, y lo cierto es que no ha servido de mucho.

La base sobre la que se asienta la figura del contingente se encuentra en el Artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, y el procedimiento que los regula se encuentra en los artículos 77 a 80 del Real Decreto 2393/2004, por el que se aprobó el actual reglamento de la Ley de Extranjería. El procedimiento consiste en que el Gobierno debe aprobar anualmente, previas consulta de la situación nacional de empleo, un número de ofertas de de trabajo para tramitarlas preferentemente en los países de origen con los que España tenga firmados **“acuerdos sobre la regulación y ordenación de flujos migratorios”** a través de los Consulados, a partir de solicitudes genéricas de mano de obra que presenten las empresas.

La medida si bien ha sido utilizada, es probable que de todos los trabajadores inmigrantes que han accedido a la legalidad desde el año 2000, los que lo han hecho a través de esta vía no lleguen ni al 5%, por tanto no puede hablarse de sistema ideal para la ordenación de la migración, tal como se presentó la medida en su día. Probablemente uno de los mayores fallos de la regulación de esta figura, es que se delega en los Consulados la función de realizar los procesos de selección de los trabajadores extranjeros que quieran acceder al contingente, pretensión algo utópica dada la falta de costumbre de la administración consular en emplearse en tareas penosas.

## **C) MODIFICACIÓN DE SITUACIONES ANTERIORES (DE RESIDENTES SIN MÁS A RESIDENCIA CON TRABAJO)**

La modificación de la situación de personas con permiso tan solo para residir en España pero no para trabajar a la situación de residencia y trabajo es una de las **vías de acceso frecuentes en la actualidad para la obtención de la ATR**. Son personas autorizadas a estar en España, normalmente con tarjeta de residencia **por haber**

sido reagrupadas, con tarjeta de estudiante o en menor medida con permisos de residencia pero no de trabajo en virtud de circunstancias excepcionales. Se regula en los artículos 95, 96 y 98 del Real Decreto 2393/2004.

Se exige a estas personas que haya transcurrido por lo menos **el plazo de un año** desde que obtuvieron el permiso de residencia para poder solicitar el cambio a la ATR, excepto a los que sean residentes en virtud de reagrupación, así como aquellos que acrediten circunstancias sobrevenidas que motiven su necesidad de trabajar. En el caso de los **estudiantes**, como por ley no se les considera en situación de residencia sino de "estancia" (curiosa estancia de duración indefinida), el plazo que se les exige haber pasado como estudiantes antes de obtener la ATR inicial es de **tres años**, exigiéndoseles además que acrediten haber realizado sus estudios con aprovechamiento y sin ayudas ni becas públicas concedidas por autoridades españolas.

En todos estos permisos, **la legitimación para hacer la solicitud la tiene también el patrón empleador** (excepto en los casos de personas autorizadas a residir por circunstancias excepcionales) , **medida que resulta a mi juicio desproporcionada y fomenta la posición de superioridad que tiene ya de por sí el patrón frente a su trabajador en el marco de las relaciones laborales** , imponiendo la lógica del "**si te portas bien te hago los papeles**". Este poder que la legislación de extranjería confiere al patrón se ha de entender con arreglo a la idea del **sistema de co-control del trabajador** inmigrante entre el Estado y la empresa de la que hablamos anteriormente, que se extiende aquí incluso a trabajadoras inmigrantes que se encuentran ya en situación de residencia legal.

#### **D) ARRAIGO SOCIAL (ART. 45. 2. B) Y CONCORDANTES DEL R.D. 2393/2004)**

En la actualidad, la obtención del permiso de residencia y trabajo por el denominado arraigo social es **prácticamente la única posibilidad de acceso a la legalidad administrativa** para la mayoría de los trabajadores inmigrantes que se encuentran en nuestro territorio en situación irregular.

Los **requisitos principales** para su obtención son acreditar mediante documento público (el reglamento de refiere el padrón) una antigüedad de por lo menos **tres años** en territorio del estado español, y tener **vínculos familiares de primer grado** con extranjeros residentes legales, o bien contar con un **informe favorable que acredite el grado de arraigo** del extranjero en su

entorno social que emiten los Servicios Sociales públicos competentes en la demarcación en que este tenga su residencia habitual. Debe contarse además con un **contrato de trabajo de vigencia condicionada** a la posterior concesión del permiso, se debe acreditar con documentación y una especie de informe de la empleadora oferente del contrato que la ocupación ofrecida al extranjero es veraz y que la empleadora carece de deudas con entidades públicas. El extranjero, que en este caso si hace la solicitud por sí mismo, debe acreditar también **que carece de antecedentes penales en su país de origen**, mediante documento público debidamente traducido y legalizado ( documento cuya obtención puede ser bastante difícil dependiendo del país en cuestión), mientras que la comprobación de la tenencia de antecedentes penales en España o países del territorio Schengen la hace la administración de oficio .

A los anteriores requisitos se ha de añadir que el trabajador extranjero **no debe tener en vigor en el momento de presentarse la solicitud ninguna orden de expulsión** que se le haya impuesto como sanción por encontrarse irregularmente en España , **requisito ciertamente paradójico**, si se toma que la premisa básica para la concesión de la ATR por arraigo social es precisamente acreditar un periodo de residencia en situación irregular de al menos tres años, y **lo más normal es que el trabajador extranjero haya sido interceptado con frecuencia durante ese periodo de tiempo por los frecuentes controles policiales de documentación**, y por consiguiente, se hayan incoado en su contra los procedimientos sancionadores procedentes (es habitual por ejemplo que posibles solicitantes de arraigo tengan dos y hasta tres ordenes de expulsión en su contra sin que ninguna haya llegado a ejecutarse). Esto introduce también **un parámetro discriminador de tintes xenófobos** entre los posibles trabajadores solicitantes de arraigo, ya que no todos los emigrantes tienen las mismas posibilidades de ser sancionados con una orden de expulsión, **cuanto más pobre es su país de procedencia** más dificultades tienen para entrar en España sin ser interceptados por las FCSE, y **cuanto más oscuro es su color de piel** mayor es el índice de probabilidades de que haya sido detenido por la policía simplemente por encontrarse en situación irregular en España, es decir, **es prácticamente imposible encontrar un inmigrante africano de origen subsahariano que al cumplir los tres años de residencia irregular no tenga ordenes de expulsión vigentes en su contra**, en cambio es bastante normal que un inmigrante irregular de aspecto indoeuropeo no haya tenido ninguna sanción durante esos tres años. **Es importante saber cuando se asesore a un posible solicitante de arraigo**, que en caso de que tenga ordenes de expulsión vigentes, debe **solicitar la revocación** de las mismas a la administración con anterioridad o simultáneamente a la solicitud de la ATR.

Visto lo anterior, se entenderá que no es fácil para una persona extranjera cumplir con los requisitos necesarios para solicitar el permiso de residencia y trabajo por arraigo social, sobre todo por la dificultad que entraña para estas personas sobrevivir durante tres años en España en situación irregular, sin tener desafortunados encuentros con autoridades, o sin delinquir, teniendo en cuenta las cada vez mayores dificultades para obtener un empleo estable sin la preceptiva autorización para trabajar.

En todo caso, es importante defender que se mantenga esta vía de acceso a la legalidad para los trabajadores extranjeros en situación irregular, ya que **la tendencia en los países miembros de la UE es hacia el alargamiento de los plazos para solicitarlo sino directamente a la supresión** de este tipo de vías legales iguales para todos, y su sustitución por un sistema basado en la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que concederán o no permisos atendiendo a "circunstancias humanitarias". En esta línea, la reforma del régimen de extranjería producida en **Alemania en abril de 2007** aumentó los plazos para solicitar permiso de residencia y trabajo a los extranjeros residentes en situación irregular, a **seis años para aquellos extranjeros irregulares con familiares residentes legales y a ocho años para los que carezcan de los mismos**. Mientras que en **Francia**, la polémica reforma del régimen de extranjería realizada en 2007 **ha suprimido la posibilidad de acceder al permiso de residencia por la vía de la prolongación en el tiempo de la residencia en situación irregular (que allí era de diez años)**, sustituyéndolo por un sistema discrecional en el que se faculta a las prefecturas provinciales para **conceder permisos por circunstancias humanitarias**.

## **E) ARRAIGO LABORAL (ART. 45.2.A Y CONCORDANTES DEL R.D. 2393/2004**

Esta vía de acceso a la legalidad administrativa para los trabajadores "sin papeles" fue presentada por el entonces Ministro de Trabajo Jesús Caldera como la nueva medida estrella para sancionar a los empleadores de mano de obra ilegal a la vez que promover la obtención de ATR para aquellos trabajadores ilegales que denuncien a su empleador. Hoy se puede afirmar con rotundidad que la medida ha sido un **completo fracaso**.

Los requisitos principales que se exigen al solicitante de ATR por esta vía son que demuestre mediante documento público (empadronamiento) un tiempo de **residencia irregular en España de cómo mínimo dos años**, y un **tiempo de relación laboral por cuenta ajena prolongada en el tiempo de cómo mínimo un año**. Los únicos documentos admisibles para acreditar la relación laboral

han de ser públicos, es decir, **acta firme de la Inspección de Trabajo** dando constancia tanto de la existencia de la relación laboral como de su duración, o bien sentencia judicial en la que se declaren como probadas dichas circunstancias.

Hay varios factores determinantes a nuestro juicio del fracaso de esta norma. El primero y más importante, **es que el tiempo de residencia previa** que el extranjero debe acreditar es de tan solo un año menos de duración con respecto a la norma del arraigo social, por tanto. El tiempo que puede durar un proceso administrativo o judicial por el que se acredite la relación laboral en los términos exigidos por el reglamento puede tener tranquilamente una duración superior al año, y normalmente **no es sencillo acreditar la existencia y aún menos la duración de la relación laboral para estos trabajadores**, por lo que finalmente la figura del arraigo laboral deviene inútil para la trabajadora inmigrante "sin papeles".

**FASE 1.**  
**DESDE QUE EL TRABAJADOR SOLICITA SU PERMISO**  
**DE RESIDENCIA HASTA QUE LO OBTIENE**

Normalmente, la trabajadora migrante se encuentra en España al momento solicitar su permiso de residencia y trabajo. Cuando lo pide por la vía del arraigo social, es ella misma quien puede hacer la solicitud, si bien necesita un contrato de trabajo cuya vigencia se condiciona a la posterior resolución favorable de la solicitud, y documentación acreditativa de la empresa por la que va a trabajar. Cuando lo solicita por la vía del régimen general, es el empleador el único legitimado para pedir el permiso por él, y además el trabajador debe estar en su país para solicitar el correspondiente visado de residencia. **Este periodo es el de mayor vulnerabilidad jurídica para la trabajadora extranjera**, ya que la Administración, según el tipo de permiso que se trate y la provincia en que se solicite **puede tardar entre cuatro meses y un año en responder a la solicitud**, tiempo en que **su situación jurídica se encuentra por completo a merced del empleador**, ya que en todo caso su autorización se encuentra condicionada a que el empleador/empresa que le dio el contrato u oferta de empleo, cause su alta en la Seguridad Social una vez la Administración haya contestado favorablemente. Una discusión con el empleador puede significar por tanto el echar a perder numerosos y costosos trámites que normalmente el trabajador extranjero ya ha realizado antes de cursar su solicitud.

**FASE 2**  
**DURANTE EL PRIMER AÑO DE VALIDEZ DEL**  
**PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO**

En ese periodo, la trabajadora migrante está sometida a varios **condicionantes que posibilitarán o no la renovación de su primera autorización de residencia y trabajo** (en adelante ATR), por lo que su situación jurídica continua siendo de gran vulnerabilidad si se la compara con la de las otras trabajadoras autóctonas. De entre dichos condicionantes cabe citar los siguientes:

- **Limitación de la validez de la ATR al ámbito geográfico de la provincia en que se solicitó, y al sector** de actividad laboral en que se pidió. Este requisito genera graves problemas a los extranjeros que pierden su puesto de trabajo en provincias con poca oferta laboral, ya que les resulta casi imposible encontrar un nuevo empleo.
  
- **Obligación de permanencia** en el puesto de trabajo por el que se concedió la ATR por un tiempo de seis meses. En caso de haber estado menos de tres meses en dicha actividad, el trabajador migrante deberá acreditar al momento de solicitar la renovación de su permiso que el cese de la actividad laboral fue por causa ajena a su voluntad. (Art. 54, apartados 3 y 4 del R.D. 2393/2004). Este requisito que a simple vista puede parecer sencillo, no lo es, ya que se debe considerar que la mayoría de las trabajadoras migrantes durante el primer año de validez de su ATR tienen poco conocimiento de la documentación inherente a toda relación laboral, y es frecuente por ejemplo que sean despedidas sin dejar constancia por escrito y sin demandar a la empresa en el plazo legal de 20 días, por tanto, sin dejar constancia de su cese involuntario en su puesto de trabajo.
  
- Cotización de **seis meses como mínimo del año de validez de la ATR**. Es posible la renovación si se tienen tres meses cotizados, se acredita que el cese en el trabajo que dio lugar a la concesión de la ATR se debió a causas ajenas a la voluntad del trabajador, se acredita asimismo que el trabajador a participado activamente en la búsqueda de empleo, y se tiene un contrato de trabajo en vigor.

- Al momento de hacerse la solicitud de la primera renovación de la ATR , aún habiendo cotizado por el periodo mínimo de 6 meses, el trabajador migrante debe encontrarse **de alta en el Sistema de Seguridad Social**, pues de lo contrario tendrá que aportar junto con la solicitud una nueva oferta de empleo acompañada con toda la documentación de la empresa que se la haga, lo que supone para el trabajador un esfuerzo burocrático casi tan costoso como el que debe hacer cuando no tiene la ART.

A la vista de los requisitos expuestos, se entenderá lo dicho al respecto de la mayor vulnerabilidad de la trabajadora migrante con respecto a otros trabajadores, ya que incluso cuando obtiene el ansiado permiso de residencia, tiene un **“status jurídico” muy precario**, lo que en gran medida garantiza la sumisión a su empleadora. Por ejemplo, se ven muchos casos de trabajadores migrantes que han obtenido recientemente su ATR, cobrando un salario real por debajo de convenio, o en condiciones inferiores a las de sus compañeros de trabajo (el empleador conoce los condicionantes de la renovación de la ATR, y con frecuencia se aprovecha de ellos)

**FASE 3**  
**DESDE QUE EL TRABAJADOR MIGRANTE OBTIENE LA PRIMERA RENOVACIÓN DE SU PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO HASTA QUE OBTIENE EL PERMISO DE RESIDENCIA PERMANENTE**

En este periodo, la trabajadora obtiene una primera renovación de su ATR de dos años de validez, que podrá renovar a los dos años cumple con los requisitos legales. En este caso, la ART no está sometida a limitación geográfica y sectorial como en la anterior etapa, pero sí se mantienen los requisitos de cotizar seis meses por cada año de validez de la ATR, así como el de encontrarse de alta en la Seguridad Social al momento de pedir la renovación.

Debe tomarse en consideración además que las sucesivas renovaciones de la ATR se encuentran condicionadas también al requisito de que el trabajador migrante carezca de **antecedentes penales**, (Art. 54.9 R.D. 2393/2004), y a este respecto se ha de señalar que **la Administración con frecuencia hace uso del Registro administrativo de antecedentes policiales** (fichero

policial en el que están incluidas muchas personas investigadas o procesadas pero no condenadas por sentencia firme) , en lugar del Registro Central de Penados y Rebeldes dependiente del Ministerio de Justicia, que es en el que se inscriben exclusivamente las personas condenadas por sentencia firme. Esta práctica administrativa es contraria a la literalidad de la Ley (que explicita como causa de denegación la tenencia de "antecedentes penales), pero ha venido dándose con regularidad.

No es sino cuando la trabajadora migrante cumple **cinco años de residencia legal continuada, cuando puede obtener un permiso de residencia permanente**, cuando adquiere un "*status jurídico*" equiparable al del trabajador autóctono, al adquirir una situación administrativa estable que le permite reivindicar sus derechos laborales frente a la empresa en las mismas condiciones que el trabajador autóctono (no idéntico pues continuará careciendo de los derechos inherentes a la ciudadanía). El permiso de residencia permanente se renueva cada cinco años, y no está ya condicionado a las cotizaciones a la Seguridad Social, ni a ningún otro requisito de los precitados, tan solo es necesario que el trabajador migrante no se haya ausentado por más de seis meses del territorio español en cada año de validez del permiso, o de un año en el cómputo de los cinco años.

## V. CONCLUSION. LA DIRECTIVA DE RETORNO O "DE LA VERGÜENZA". UN NUEVO PASO DE LA UE HACIA LA ARMONIZACIÓN DE LA REPRESIÓN A LOS MÁS POBRES.

No podíamos terminar este boletín sin hacer una referencia a la Directiva de la Vergüenza, acordada por el COREPER y la totalidad de los Ministros de Interior de la UE el pasado 5 de junio de 2008, y aprobada sin apenas modificaciones por el Parlamento Europeo el 18 de junio, estando pendiente su ratificación por el Consejo de Europa en el próximo mes de julio de 2008, que será un mero trámite.

La Directiva prevé una armonización de la legislación de los países miembros en materia de procedimiento sancionador de la inmigración ilegal, y dota de financiación comunitaria los procedimientos de repatriación, así como la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros incursos en procedimientos administrativos conducentes a su deportación. La Directiva es un instrumento normativo comunitario con **fuerza jurídica vinculante, por la que se obliga a los estados miembros a adaptar sus legislaciones nacionales a los mandatos de la misma, que tienen un plazo de 24 meses para hacerlo a partir de que se publique la misma en el DOCE** (Diario Oficial de la Comunidad Europea), por tanto se prevé su aplicación obligatoria a partir del año 2010.

Los aspectos principales de la Directiva son los siguientes:

- Se configura un proceso de deportación de extranjeros extracomunitarios en dos fases. La primera fase, **la llaman "decisión de retorno"** y obliga a los estados a que se expida esta resolución a cualquier extranjero no autorizado legalmente a permanecer en su territorio. **La decisión de retorno conlleva la orden al extranjero para que salga del territorio UE en un plazo máximo de cuatro semanas** (según se establezca en la Ley de cada estado). Los estados podrán tomar medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de la medida de retorno, tales como la presentación periódica ante la autoridad, depósito de fianza, confiscación de documentos del extranjero "sin papeles" etc, etc.

- La segunda fase, es lo que denominan emisión de la **orden de expulsión**, que deberán expedir todos los estados miembros a los extranjeros sobre los que recaiga una decisión de retorno pero se considere que hay riesgo de fuga, o a los que no hallan salido voluntariamente del territorio en el plazo establecido en la decisión de retorno.
- **Prohibición de reingreso (Art. 11 Directiva)**. Las órdenes de expulsión conllevarán obligatoriamente una prohibición de reingreso al territorio Schengen de cinco años, o por tiempo superior si se considera que el extranjero expulsado constituye una amenaza para el país. La decisión de retorno podrá contener también una prohibición de reingreso. (en España las prohibiciones de entrada hasta la fecha son de entre tres y diez años)
- **Asistencia Jurídica**. El artículo 13 de la Directiva contiene una **redacción tortuosa** sobre este punto, diciendo en su punto 3 que **“el extranjero podrá tener asesoramiento jurídico”** para decir a continuación que “los estados miembros velarán porque la asistencia y representación jurídica necesaria se conceda, previa solicitud, de forma gratuita con arreglo a la legislación nacional. **En definitiva, la directiva no obliga a que el extranjero sea asesorado jurídicamente durante el proceso de expulsión.**
- **Internamiento**. El artículo 15 de la Directiva en sus **puntos 5 y 6** prevé el internamiento de los extranjeros irregulares por un plazo de hasta **18 meses**. El internamiento podrá ser acordado por una autoridad administrativa, y **ni siquiera se establece la obligación de que sea posteriormente confirmado por un juez**, se da la alternativa a los estados para que legislen entre la posibilidad de que se establezca un control judicial de la privación de libertad “en el plazo más rápido posible” o de que “concedan al extranjero la posibilidad de incoar un procedimiento para someter a control judicial la legalidad de su internamiento.
- **Internamiento de menores no acompañados y familias con menores**. El artículo 17 de la Directiva dispone la

posibilidad de privar de libertad a menores, solos o junto a su familia, sin disponer **ninguna reducción del tiempo máximo de duración de la privación de libertad con respecto al tiempo ordinario**, por lo que hay que entender que podrá ser también de 18 meses. Esta norma colisiona frontalmente con el espíritu de la **Convención sobre los derechos del niño adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989**, y ratificada por la mayoría de los estados miembros de la UE, colisionando en concreto con su Artículo 37 apartado b que dice: **“b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente”**.

La aprobación de la Directiva de Retorno es la base para la construcción de una normativa común de los estados de la UE en materia sancionadora que **se aproxima a la de los estados más represivos en esta materia** (Suecia, Reino Unido, Países bálticos, Alemania). Son falsas por tanto las declaraciones de miembros del PSOE que justifican su voto favorable a la normativa aduciendo que con ello se pretende la limitación de las normativas más represivas de determinados países, la verdad es que el **PSOE** ha votado favorablemente en contra de la posición mayoritaria adoptada en el Grupo Socialista Europeo, y muy probablemente **obedeciendo a un acuerdo hecho con los gobiernos de Francia e Italia en abril del 2008** (ambos países que junto con España mantenían normativas menos represivas en cuanto a la duración del internamiento). De momento el Ministro del Interior español ya ha adelantado la posibilidad de aumentar en **España el periodo de internamiento aplicable a los extranjeros “sin papeles” de 40 a 60 días**.

Desde que comenzaron en el seno de la UE las políticas comunes sobre migración (Tratado de Schengen, recomendaciones del Consejo de Europa de Sevilla en 2002) se ha venido avanzando en la misma dirección, se denomina ordenación del flujo migratorio a las políticas conducentes a la eliminación de las libertades de la persona inmigrante, se caracteriza jurídicamente al **trabajador inmigrante legal como infraciudadano**, como mera mano de obra con derechos limitados y condicionados, mientras que al **inmigrante irregular o “sin papeles” se le caracteriza como delincuente, posibilitando normativas que incluso permiten privarle libertad sin control judicial**.

La aprobación del tipo de medidas contenidas en la Directiva, cuya transposición deberán hacer los países miembros en los

próximos años, ha de entenderse también en el marco del **clima político xenófobo** que viene extendiéndose ya sin ambages por Europa en los últimos años, con gran éxito entre la población autóctona europea, lamentablemente. **El discurso criminalizador de la figura del extranjero, y el de la sobrepoblación extranjera como una de las causas de la crisis económica y del estado de bienestar europeo**, han sido señas de identidad en los triunfos electorales de Sarkozy y Berlusconi. Ya no se escucha a la clase política pronunciar el discurso sobre la salvación del sistema de pensiones gracias a las cotizaciones de los y las trabajadoras inmigrantes. Desde el poder se **está fomentando el odio de la sociedad hacia los más desfavorecidos**, como si estos fueran la carga que lastra la economía europea, **para desviar la atención de los inmensos beneficios obtenidos por la élite empresarial europea durante los últimos quince años**, caracterizados por la desregulación laboral, la privatización masiva del sector público con frecuencia impuesta desde instituciones de la UE, el mayor desequilibrio en la distribución de las rentas producido en Europa durante el siglo XX y la especulación financiera a escala global.

# ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
<b>II. DERECHOS HUMANOS</b> .....	<b>5</b>
<b>III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EXTRANJEROS EN EL ESTADO ESPAÑOL</b> .....	<b>7</b>
III. 1    Evolución normativa desde el año 2000 a la actualidad .....	<b>9</b>
III. 2    Líneas definitorias de la legislación para extranjero .....	<b>11</b>
<b>IV. EL LARGO CAMINO DE LA TRABAJADORA INMIGRANTE HACIA LA ESTABILIDAD JURÍDICA</b> .....	<b>15</b>
<b>FASE 0. SITUACIÓN IRREGULAR</b> .....	<b>15</b>
01. DERECHOS BÁSICOS DE LAS PERSONAS INMIGRANTES SIN PAPELES .....	<b>17</b>
A)    Derechos derivados de la relación laboral .....	<b>17</b>
B)    Derecho a la percepción de prestaciones sociales derivadas de la relación laboral: Obligación de cotizar del empresario, prestaciones por incapacidades derivadas de contingencias comunes y profesionales, desempleo .....	<b>18</b>
C)    Derecho a las prestaciones sociales básicas .....	<b>23</b>
D)    Derecho a la salud .....	<b>23</b>
E)    Derecho a la educación .....	<b>24</b>
F)    Derecho a la asistencia jurídica gratuita .....	<b>24</b>
G)    Derechos colectivos: Libertad sindical, Huelga .....	<b>25</b>
H)    Derechos civiles: Asociación, reunión y manifestación .....	<b>27</b>
02. VÍAS DE ACCESO ORDINARIAS AL PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO .....	<b>29</b>
A)    Régimen general de obtención de la autorización inicial de residencia y trabajo .....	<b>29</b>
B)    El contingente de trabajadores extranjeros .....	<b>31</b>
C)    Modificaciones de situaciones anteriores. (De residentes sin más a residencia con trabajo) .....	<b>31</b>
D)    Arraigo social .....	<b>32</b>
E)    Arraigo laboral .....	<b>34</b>
<b>FASE 1. DESDE QUE EL TRABAJADOR SOLICITA SU PERMISO DE RESIDENCIA HASTA QUE LO OBTIENE</b> .....	<b>35</b>
<b>FASE 2. EL PRIMER AÑO DE VALIDEZ DEL PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO</b> .....	<b>36</b>
<b>FASE 3. DESDE LA OBTENCIÓN DE LA PRIMERA RENOVACIÓN DEL PERMISO HASTA EL PERMISO DE RESIDENCIA PERMANENTE</b> .....	<b>37</b>
<b>V. CONCLUSIÓN. LA DIRECTIVA DE RETORNO O “DE LA VERGÜENZA”. UN NUEVO PASO DE LA UE HACÍA LA ARMONIZACIÓN DE LA REPRESION A LOS MÁS POBRES</b> .....	<b>39</b>



## I. INTRODUCCIÓN

Se pretende con el presente boletín hacer una breve exposición de lo que ha sido la **evolución normativa del estado español en materia de control de la inmigración**, desde la nada en la que se encontraba veinte años atrás hasta el momento actual, en el que se ha impuesto ya una legislación para extranjeros altamente desarrollada y represiva, en coordinación con las políticas sobre migraciones de la UE.

La segunda parte del boletín está centrada en describir las distintas etapas y situaciones jurídicas por las que pasa la trabajadora migrante en el estado español, desde que se encuentra en situación irregular hasta que obtiene un permiso de residencia permanente, proceso que merma considerablemente sus potencialidades reivindicativas frente al patrón. Se hace necesario conocer este marco jurídico en el que se encuadra el colectivo de trabajadores migrantes, para comprender su condición de colectivo laboral esencialmente precario, en la línea de las reflexiones que se plantearon por compañeros extranjeros y autóctonos de distintos puntos del estado durante la Jornada confederal sobre "Inmigración y Precariedades" organizadas por la Secretaria de Acción Social del Comité Confederal de C.G.T. el pasado 24 de mayo de 2008.

## II. DERECHOS HUMANOS

Es importante, aún más en el momento actual en que desde distintos puntos de la Unión Europea se oyen voces furiosas que claman por el endurecimiento de las normativas de control y represión de los trabajadores inmigrantes hasta extremos irracionales, partir de la base al abordar la temática de la regulación de la situación de los inmigrantes no comunitarios en el estado español, de que la Constitución española establece en su **artículo 10.2, que** *" las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*. Esta es una norma constitucional que se refiere a todas las personas por el mero hecho de serlo, con independencia de su

nacionalidad y de que su situación administrativa en España sea regular o no.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) se suscribió en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948, y consiste en un elenco de mínimos derechos establecidos para todas las personas, que los estados miembros deben promover y respetar. Entre estos derechos se encuentran varios que frecuentemente entran en colisión con las normativas estatales que regulan los derechos de los extranjeros, de los que cabe citar a modo ilustrativo ***el derecho a no ser detenido o preso arbitrariamente ( Art. 9 de la DDHH), el derecho de toda persona a circular libremente, y a elegir su residencia en el territorio de un estado ( Art. 13 de la DDHH) el reconocimiento para toda persona de la libertad de reunión y de asociación (Art. 20 DDHH), el derecho a la libre elección de su trabajo, o el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse libremente par la defensa de sus intereses ( Art. 23 DDHH).***

Si bien es cierto que la mayoría de las legislaciones sobre extranjeros realizadas por los estados europeos han venido ignorando sistemáticamente esos derechos, entendemos que **debe mantenerse la reivindicación de los mismos frente a la legislación de extranjería**, ya que en algunas ocasiones –las menos- se ha conseguido sobre esa base limitar algunos de los preceptos más restrictivos de las mismas. En este sentido, por ejemplo en España, cabe citar la **Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) de 7 de julio de 1987**, por la que se declararon nulos determinados preceptos de la “Ley de extranjería” de 1985, que permitían a la administración la ejecución directa de la medida cautelar consistente en la expulsión de extranjeros sin posibilidad de audiencia judicial. Se declaró en esa misma sentencia la nulidad del sometimiento del derecho de reunión por extranjeros a un régimen de autorización administrativa previa (no de comunicación, que es el que rige con carácter general), que la ley establecía con independencia de que tuvieran o no permiso de residencia.

En esta misma línea cabe citar la **Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 95/2003, de 22 de mayo**, por la que se reconoció el derecho de justicia gratuita para todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa, y para todos los órdenes jurisdiccionales, si acreditan la insuficiencia de recursos para litigar (derecho que el Art. 22.2 de la Ley de Extranjería limitaba a los que tuvieran permiso de residencia). Más recientemente han sido de gran trascendencia también para el reconocimiento de la persona extranjera “sin papeles” como sujeto titular de derechos, **la STC 236/2007 y la STC 259/2007, de 7 de noviembre y 19 de de**

**diciembre del año pasado**, por las que se reconocen a todas las extranjeras en tanto que personas derechos tan elementales como el **derecho de reunión pacífica, la libertad sindical o el derecho de huelga**, sentencias que valoraremos más detalladamente en otro apartado.

Otros textos internacionales de importancia además de la DDHH de cara a la defensa de los derechos básicos de los extranjeros en España, son el **Convenio nº 87 de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 (ratificado por España en 1977)**, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho a la sindicación, el **Convenio nº 97 de la Organización Internacional del Trabajo de 1949 (ratificado por España en 1967) relativo a los Trabajadores migrantes**, el **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1977**, aprobado también en la Asamblea General de Naciones Unidas, donde se desarrollan y amplían los derechos contenidos en la DUDH, así como en el ámbito de la Unión Europea el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales**, cuyo Protocolo nº 11 de 1998, faculta a individuos y organizaciones que se consideren **víctimas de violaciones a los derechos humanos producidas** en el ámbito de la UE para interponer recurso ante el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**, siempre que se hayan agotado previamente las vías de recurso ante la jurisdicción del estado miembro en el que se haya cometido la violación del derecho. El estado español debe asumir la obligatoriedad de las sentencias del TEDH, con arreglo al Art. 46.1 del citado Convenio.

### **III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACION SOBRE EXTRAJEROS EN EL ESTADO ESPAÑOL**

El devenir de la regulación de los derechos extranjeros en el estado español ha venido marcado, como no podía ser de otra manera, por sus peculiares condiciones socio económicas. Así, con anterioridad a la aprobación de la Constitución, el poder político nunca se propuso la regulación de un régimen general de extranjeros porque no existía en el estado inmigración económica, al contrario, constituíamos una fuente de mano de obra para la industria de los estados europeos desarrollados.

Tradicionalmente los extranjeros pagaban una tasa por trabajar en España, y se aprobaron algunas leyes que excepcionalmente equiparaban en derechos sociales a los ciudadanos de las excolonias con los españoles, en este sentido se aprobó la **Ley 118/1969, de 31 de diciembre de 1969**, que equiparaba los derechos sociales de los ciudadanos de la "comunidad iberoamericana y a los filipinos con los españoles". También, desde los años cuarenta y hasta mediados de los setenta se suscribieron la mayoría de los **convenios de doble nacionalidad** con los países vinculados al pasado colonial español, pero la finalidad de los mismos era que los millones de españoles emigrados preservaran la nacionalidad española al adoptar la de sus respectivos países de acogida.

En **1978** se aprueba un Real Decreto para regular la situación administrativa de los extranjeros en España, el "**Real Decreto 1874/1978, de 2 de junio, por el que se regula la concesión y renovación de permisos de trabajo a extranjeros**", si bien aquella era una regulación todavía muy sencilla, que se limitaba a establecer que el extranjero que deseara residir y trabajar en España debía solicitarlo ante la Gobernación Civil correspondiente, desde donde solo le podían denegar la solicitud por razones de orden público.

Tras algún intento fallido de los gobiernos de la UCD, se estrenan a mediados de los años 80 los primeros textos legislativos amplios reguladores de la situación de los extranjeros en el estado español, con la **Ley 5/1984**, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado y sobre todo con la **aprobación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, primera "Ley de extranjería" propiamente dicha**. Con esta Ley se inaugura en España **la era del control de la migración moderno**, y si bien el concepto de "sin papeles" ya existía antes (vid. STC 107/1984, de la Sala Segunda del TC, de 23 de noviembre), es en este texto donde se articula un instrumento legal sancionador específico para proceder a la expulsión de ciudadanos extranjeros, medida que justificaron en su día arguyendo que en vista de la próxima entrada de España en la entonces Comunidad Económica Europea, se debía dar buena imagen en el control de la inmigración ante la misma. Se introduce con esta Ley, (de ahí el calificativo de "moderno"), la idea de **la vinculación de la concesión de permisos de residencia con las necesidades del mercado laboral nacional**. Si bien en aquel momento la normativa era más accesible que en la actualidad, ya que era el propio trabajador migrante quien presentaba su solicitud sin depender de la voluntad del patrón para que le hiciera el trámite, y era posible presentar

solicitudes aún encontrándose la persona solicitante en situación irregular en España al momento de hacer la solicitud.

Esta primera Ley de “extranjería” fue **pionera también en la restricción de los derechos fundamentales que los extranjeros tenían reconocidos en virtud de la Constitución de 1978**, así por ejemplo, la ley limitaba en su Art. 7 a los extranjeros incluso aunque tuvieran permisos de residencia el ejercicio de los **derechos de reunión y manifestación**, sometiéndolos a un régimen de autorización gubernativa previa, distinto al que estaba vigente para los españoles. En esa misma línea el Art. 8 de aquella Ley limitaba el derecho fundamental de los extranjeros a **asociarse libremente**, tuvieran o no permiso de residencia, disponiendo la posibilidad de que sus asociaciones fueran suspendidas sin control judicial alguno cuando el poder gubernativo estimase que eran contrarias a la seguridad e intereses nacionales. Éstos y otros preceptos, fueron **parcialmente eliminados como se ha dicho anteriormente, en Sentencia del Tribunal Constitucional de 1987**. Se introdujo también con esta Ley por vez primera la posibilidad de aplicar a los extranjeros carentes de documentación válida para residir en España la medida de **internamiento de hasta 40 días con sus noches**, medida que ha permanecido vigente desde entonces, sin que su constitucionalidad haya sido puesta en tela de juicio por el Tribunal Constitucional, a pesar de ser difícilmente compatible a nuestro juicio con la **prohibición de privar de libertad arbitrariamente a una persona**, contenida tanto en el Artículo 17 de la Constitución, como en el **artículo 9 de la DUDH** y asimismo en el Artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

**III.1 Evolución normativa desde el año 2000 a la actualidad.**

El régimen actual por el que se regula la situación de los extranjeros no comunitarios se basa en la **Ley Orgánica 4/2000**, de 11 de enero, que tiene el eufemístico sobrenombre **“sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”**. Esta Ley se aprobó en el Congreso sin el voto del PP

en enero de 2000, y ya para diciembre del mismo año se aprobó por las Cámaras ya con mayoría absoluta del PP la **Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre**, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, por la que se dificultaban los requisitos para la obtención de autorizaciones de residencia y trabajo, y se reducían significativamente los derechos fundamentales de los extranjeros en España con respecto a lo establecido en la Ley originaria.

Entre el año 2000 y el 2004, el régimen de extranjería sufrió constantes modificaciones, se aprobaron hasta tres reformas importantes de la Ley Orgánica 4/2000, y dos reglamentos de desarrollo de la Ley diferentes, **el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y el actualmente vigente Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre**. A ello hay que añadir numerosas reformas sufridas por los citados reglamentos de desarrollo de la Ley, así como una cuantiosísima normativa administrativa materializada en forma de Instrucciones y Circulares, que han venido modificando constantemente los criterios interpretativos de la Ley y el Reglamento.

Esa evolución normativa producida desde el año 2000, ha venido – por regla general- dificultando el régimen de acceso a la situación regular para los trabajadores extranjeros, y endureciendo el procedimiento sancionador dirigido a los emigrantes “sin papeles”. Así, se ha venido configurando un **sistema de co-control del trabajador migrante**, siendo **sujetos controladores el poder público y el patrón empleador**, lo que convierte al colectivo de trabajadoras y trabajadores migrantes en uno de los más idóneos para ser sometido a las condiciones de trabajo más precarias, dada su **situación de especial vulnerabilidad jurídica frente al empleador**. Como detallaremos más adelante, el sistema se caracteriza también en que el que el trabajador extranjero va progresando en la adquisición de derechos, hasta acceder a un **“status jurídico” equiparable al de un trabajador autóctono cuando obtiene el permiso de residencia permanente**. En la culminación exitosa de ese proceso intervienen con frecuencia factores tales como la mejor o peor relación que el trabajador mantenga con su patrón, o el grado de inserción en las “redes sociales de su entorno”.

**La duración del proceso**, con la normativa actual (no estando prevista de momento una nueva regulación masiva de trabajadores extranjeros como las que se realizaron en 2000, 2001 y 2005), y tomando en consideración el tiempo medio que puede pasar el trabajador extranjero en situación irregular, así como los sucesivos retrasos de la Administración en la tramitación de sus solicitudes, puede **llegar a ser de diez años**.

### III. 2 Líneas definitorias de la legislación para extranjeros.

La evolución normativa que hemos señalado responde tanto a la adaptación por parte del estado español al fenómeno migratorio producido en su territorio durante los últimos años, como a una **política europea común**, definida en el seno de una serie de cumbres de alto nivel de los países miembros de la UE, caracterizada por el **aumento del control sobre el trabajador migrante regular, así como de la represión sobre el trabajador "sin papeles"**.

En esta línea, si bien los estados comunitarios no han adoptado un Reglamento común sobre inmigración, lo que si han hecho es definir una serie de directrices que deben informar la legislación de cada país. Así, el punto de partida de esa política coordinada podría ser la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de noviembre de 2000, cuyas recomendaciones se materializaron en **el Consejo de Europa celebrado en Sevilla en junio de 2002**. Con este estado de cosas, cabría destacar como principales líneas políticas de control de la migración presentes en la normativa actual las siguientes:

- **Vinculación del "flujo migratorio" a las necesidades del mercado:** Esto ha venido incorporándose a la normativa española con distintos métodos, que pretenden fomentar que las empresas contraten a sus trabajadores extranjeros directamente en sus países de origen. La escasez de trabajadores autóctonos para el puesto de trabajo ofrecido debe quedar acreditada, antes de realizar solicitudes de permisos de trabajo para trabajadores no comunitarios.
- **Endurecimiento de las condiciones de obtención de permiso de residencia y trabajo.** Como desarrollaremos en el siguiente punto, el avatar legislativo no ha dejado de endurecer las condiciones de acceso a la legalidad administrativa para los extranjeros, sellando casi por completo las vías de acceso ordinarias al permiso de residencia y trabajo.
- **Transferencia de la legitimación para solicitar su Autorización de Residencia y Trabajo de la trabajadora migrante a su empleador.** También se ha venido incorporando a la mayoría de los procedimientos de obtención de permiso de trabajo (inclusive cuando lo solicitan personas

con permiso de residencia). Mientras que antes era el propio trabajador quien pedía su permiso de trabajo adjuntando a su solicitud una oferta de trabajo y documentación de la empresa ofertante, ahora, en la mayoría de de las formas de solicitud previstas en la normativa con excepción por el momento de la de arraigo social, **el propio empleador es el único que puede solicitar para el trabajador migrante la Autorización inicial de Residencia y Trabajo.**

- **Flexibilización de los sistemas de acceso al permiso de residencia y trabajo.** Se viene recomendando desde la UE el desarrollo de legislaciones y prácticas administrativas moldeables que permitan hacer una gestión del “flujo migratorio” acorde con las necesidades coyunturales del mercado. Esto **se materializa en un sistema legal de mínimos que deja numerosas cuestiones a la discrecionalidad de la Administración**, desde donde se pueden adoptar distintos criterios interpretativos de la normativa o ritmos de resolución de los procedimientos administrativos sobre extranjería en función del momento o de la provincia en que nos encontremos, como pasa en España. Este “modus operandi” genera gran inseguridad jurídica en el extranjero al que se ocasiona angustia por la inestabilidad de su situación legal y consecuentemente una mayor predisposición en él a ser explotado laboralmente.
- **Escalonamiento, siempre condicionado**, de las situaciones administrativas por las que debe ir pasando la trabajadora migrante antes de obtener un permiso de residencia permanente. La Comisión Europea acuñó el término de **“ciudadanía cívica”**, que supuestamente el trabajador extranjero debe demostrar para acceder al sistema de derechos de los trabajadores autóctonos, al que se acerca cuando obtiene el permiso de residencia permanente.
- **Incremento en la inversión para la represión de la inmigración ilegal y Coordinación comunitaria de las políticas de control de la misma.** Contrariamente a la denominación dada por el legislador a la Ley de extranjería (“sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su **integración social**”), lo cierto es que las directrices de la política migratoria de la UE ya en 2002 ponen el acento en la

necesidad de aumentar extraordinariamente la represión de la inmigración ilegal, relegando la cuestión de la integración social de los extranjeros al plano de lo marginal. **Recientemente, uno de los motivos de la rapidez de con la que se ha tramitado en la Eurocámara la Directiva de Retorno (“Directiva de la vergüenza”) ha sido la necesidad de desbloquear un fondo de la UE de 676 millones de euros previstos íntegramente para la financiación de deportaciones.** Ya la Comunicación de la Comisión al Consejo de Europa en el año 2000 refería **tres conclusiones en materia de represión** de la inmigración irregular que se han visto materializadas en los años posteriores:

- a) **Endurecimiento de la legislación sancionadora estatal y aumento de la inversión pública en la represión de la inmigración ilegal.** En este aspecto se han producido cambios de gran profundidad en el estado español, en el aspecto legislativo, con entre otras medidas, la introducción del **procedimiento sancionador preferente** en la primera reforma de la actual Ley de extranjería que se denominó Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Con aplicación de dicho procedimiento sancionador, se da al extranjero (normalmente detenido en caso de aplicársele este procedimiento) el plazo de tan solo 48 horas para hacer alegaciones frente a la propuesta de su expulsión. En cuanto al **aumento de los dispositivos administrativos represores de la inmigración irregular**, éste ha sido bien visible en los últimos años, con la creación de numerosos Centros de Internamiento para extranjeros en varias provincias (**en el año 2000 no existía en Madrid un centro de detención preparado específicamente para este fin**), el exponencial incremento de la dotación policial destinada a la persecución de la inmigración irregular, los futuristas blindajes de las fronteras de Ceuta y Melilla, etc, etc.
  
- b) **Gestión coordinada del control de las fronteras exteriores.** Para la realización comunitaria de esta gestión se creó en 2004 la **Agencia Europea para la gestión coordinada de las fronteras exteriores (FRONTEX)**, creada en virtud del Reglamento (CE) nº 2007/2004, del Consejo, de 26/10/2004. Este organismo dirige y financia políticas comunes contra el inmigrante irregular en las fronteras de la UE, da formación a los

guardias transfronterizos de los países comunitarios, y asistencia técnica y operativa a aquellos países que como España deben desempeñar mayores tareas anti-inmigración en frontera. Desde su puesta en funcionamiento se ha intensificado considerablemente la vigilancia sobre las rutas marítimas que utilizan los trabajadores extranjeros para llegar a España, lo que **ha generado un fuerte incremento de las muertes de inmigrantes en alta mar**, por verse éstos obligados a tomar rutas cada vez más arriesgadas para evitar los dispositivos del FRONTEX.

- c) **Desarrollo de políticas de acuerdos de la UE con terceros países tendentes a garantizar su colaboración en la represión de la inmigración irregular.** Se han venido cerrando acuerdos de distinto tipo con terceros países, nuevos acuerdos de repatriación (Mauritania, Senegal), y acuerdos de colaboración en la represión de la inmigración normalmente vinculados a la percepción de fondos para la cooperación de la UE (Marruecos, Senegal, Malí). En el punto 34. de las conclusiones del Consejo europeo de Sevilla de 2002 quedó dicho :

*“El Consejo Europeo subraya la importancia de asegurarse la colaboración de los países de origen y de tránsito para la gestión conjunta y el control de fronteras y para la readmisión. **Esta readmisión por parte de terceros países incluirá la de sus propios nacionales presentes ilegalmente en un Estado miembro y, en las mismas condiciones, la de los nacionales de terceros países de cuyo tránsito por el país de que se trate haya constancia**”.*

Y a continuación, **en el punto 35 se dice:** *“El Consejo Europeo estima que hay que llevar a cabo una evaluación sistemática de las relaciones con los terceros países que no colaboren en la lucha contra la inmigración ilegal. Esta evaluación se tendrá en cuenta en las relaciones de la Unión Europea y sus Estados miembros con los países afectados, en todos los ámbitos pertinentes. **Una colaboración insuficiente por parte de un país podría dificultar la intensificación de las relaciones de dicho país con la Unión**”.*

## **IV. EL LARGO CAMINO DE LA TRABAJADORA INMIGRANTE HACIA LA ESTABILIDAD JURÍDICA**

Como hemos apuntado anteriormente, el sistema de control legal sobre la inmigración en España al igual que en otros países, se caracteriza por la progresiva adquisición de derechos que el extranjero va adquiriendo a lo largo del tiempo, desde que se encuentra en el territorio del estado en situación irregular (momento en que también tiene derechos aunque se los nieguen), hasta que con el paso del tiempo y la obtención de sucesivas renovaciones de sus papeles, obtiene un permiso de residencia permanente (tras acreditar cinco años de residencia legal continuada en España), momento en que accede a un "status jurídico" que se acerca al del trabajador autóctono. Si se toma en cuenta el tiempo medio que una trabajadora inmigrante puede pasar "sin papeles", este gradual proceso de adquisición de derechos hasta la equiparación con los trabajadores nacionales puede durar actualmente hasta diez años. En este apartado se describen las distintas fases por las que pasa el trabajador extranjero hasta la adquisición del status de residente permanente, dando un especial tratamiento a la que llamamos **fase 0, en la que se describen los derechos que tienen en España los trabajadores extranjeros "sin papeles"** y los modos de acceso a la legalidad que quedan en la legislación de extranjería actual.

### ***FASE 0:*** **SITUACIÓN IRREGULAR**

La situación jurídica en la que se encuentran las **cientos de miles de personas inmigrantes que residen y trabajan en España** sin la preceptiva autorización administrativa de residencia y trabajo es difícilmente definible, sujeta permanentemente al azar y la arbitrariedad de la Administración. Esto se debe, como es lógico, a la paradoja de que el propio sistema de reconocimiento de derechos de las personas "sin papeles" tiene como fin prioritario la represión y expulsión de las mismas.

Partiendo de esa base, existen diferentes opiniones tanto en la Administración como en el Poder Judicial y la Doctrina respecto al tratamiento que dar a las personas en situación irregular. Por un lado, hay posturas que priorizando la falta de derecho del "sin papeles" a encontrarse en España, opinan que éste carece de prácticamente todo derecho frente a las instituciones, más allá del reconocimiento de su integridad física, encontrándose así en una especie de **inexistencia jurídica** ( Diez Picazo, Sagardoy). En tanto que **otras posturas** dentro de las propias instituciones, con base en el reconocimiento de la realidad de la existencia del trabajador migrante en España, **sí lo reconocen como sujeto de determinados derechos sociales, laborales, y civiles** (derecho de asociación). Si bien en los últimos años han venido preponderando a nivel legislativo y judicial las posturas reconocedoras de algunos derechos a las personas en situación irregular, es posible que esta tendencia se vea revertida en poco tiempo, dadas las voces cada vez más represivas que se están oyendo en el ámbito político. Téngase en cuenta en este sentido la propuesta legislativa impulsada en el Senado por Coalición Canaria y apoyada por el Partido Popular el pasado año 2007, por la que se pretendía eliminar el acceso al padrón a los extranjeros irregulares, así como eliminar el derecho de estas personas a la sanidad pública, el aumento del periodo de reclusión en Centros de Internamiento de Extranjeros a 70 días, entre otras medidas fuertemente represivas (**dedicamos un boletín expreso a este tema en enero de 2008, nº 115, denominado "Sobre derechos de las personas inmigrantes"**).

Si bien el año pasado la propuesta de reforma legislativa en materia de represión de la inmigración no prosperó, es muy probable que en breve se impulse desde el Gobierno otra reforma legislativa de semejantes características. En esta misma línea el Partido Popular ha tratado de introducir recientemente en España el llamado **"contrato para la integración"** impulsado por el presidente francés Sarkozy en la UE, consistente en que todo extranjero que pretenda obtener una autorización de residencia y trabajo de duración superior a un año esté obligado a suscribir con el estado un contrato por el que se comprometa a aprender la lengua así como los usos y costumbres del país de "acogida", si quiere renovar su autorización al término de su vigencia. En **Alemania** se viene obligando a los extranjeros legales desde la aprobación de la llamada **"Ley para la integración"** en 2005 a superar una serie de exámenes sobre la lengua y cultura alemanas a fin de poder optar a las prestaciones sociales que les correspondan. En el estado español, la propuesta del PP ha sido rechazada de momento por las Cortes el pasado 10 de junio de 2008.

## 0.1 DERECHOS BÁSICOS DE LAS PERSONAS INMIGRANTES "SIN PAPELES"

### A) DERECHOS DERIVADOS DE LA RELACIÓN LABORAL

***Art. 7 c) del Estatuto de los Trabajadores:* "Podrán contratar la prestación de su trabajo: c) Los extranjeros, de acuerdo con la legislación específica sobre la materia"**

***Art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000:* Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. **La carencia de la correspondiente autorización** por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, **incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.****

Uno de los pocos elementos positivos de la Ley Orgánica 4/2000, actual Ley de extranjería, es que vino a establecer que con independencia de las responsabilidades que pudieran derivarse de la contratación laboral de trabajadores extranjeros en situación irregular, ello no **invalidaría los derechos laborales del trabajador (actual artículo 36.3, antiguo artículo 33 de la L.O. 4/2000)**. Antes de reconocerse esto por Ley, la judicatura entendía que al ser la relación laboral de la trabajadora "sin papeles" nula de pleno derecho, por haberse hecho contra la Ley, no cabía reconocer la validez de ninguna reclamación de la trabajadora derivada de la misma (en ese sentido **Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997**). Esta situación fomentaba el abuso patronal, ya que el empleador sumaba al beneficio económico obtenido con explotación de trabajadores "sin papeles" la garantía de que estos trabajadores no podían reclamar en su contra ni siquiera acreditando la existencia de la relación laboral.

En el momento actual, el trabajador sin papeles, **si consigue acreditar la relación laboral** y las condiciones propias de su relación laboral (duración de la jornada, funciones, etc,etc) **tiene derecho a reclamar las mismas condiciones de trabajo y salariales que le sean de aplicación por contrato o convenio a un trabajador legal en su misma situación.**

En materia de **DESPIDO**, se reconoce el **derecho del trabajador** inmigrante "sin papeles" a reclamar la **indemnización** que marca el Estatuto de los Trabajadores en caso de despido improcedente. En este sentido es paradigmática la **Sentencia 3396/2002 de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 14 de mayo de 2002**, por ser la primera resolución de un TSJ en la que se declaró el derecho de trabajadores "sin papeles" despedidos a percibir indemnización por despido improcedente. Existe también una doctrina favorable a reconocer incluso la posibilidad de la readmisión de la trabajadora "sin papeles" despedida, que se fundamenta en la posibilidad de que el reconocimiento en sentencia de la relación laboral sirviera como presupuesto para conceder el permiso de trabajo, si bien no conocemos sentencias que asuman esa tesis.

**B) DERECHO A LA PERCEPCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES DERIVADAS DE LA RELACIÓN LABORAL: Obligación de cotizar del empresario, incapacidades derivadas de contingencias comunes y profesionales, desempleo.**

- ***Ley Orgánica 4/2000. Artículo 10 Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.*** 1. ***Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente***
- ***La Ley Orgánica 4/2000 Artículo 14. Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales.*** 1. ***Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.*** 2. ***Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.*** 3. ***Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.***

- **Ley Orgánica 4/2000 Artículo 36.3**

*“ Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, **sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social**, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, **ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle**”.*

- **Ley Orgánica 4/2000 Artículo 57.5. d)**

*“La sanción de expulsión no podrá ser impuesta,....., a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un **accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España**, así como los que perciban una **pensión contributiva de desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral**”.*

- **Ley General de la Seguridad Social. Artículo 7** Extensión del campo de aplicación. **1.** Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los **extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España**, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes...

- **Ley General de la Seguridad Social Artículo 15. Obligatoriedad.** **1.** La cotización es obligatoria en los Regímenes General y Especiales. **2.** La **obligación de cotizar nacerá desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente**, determinándose en las normas reguladoras de cada Régimen las personas que hayan de cumplirla.

- **Ley General de la Seguridad Social Artículo 106.** Duración de la obligación de cotizar. **1.** La **obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba.**

- **Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Artículo 48** Incremento de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo. **Uno.** Cuando **se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios.**

Como puede comprobarse por los preceptos legales enunciados, en línea con lo explicado más arriba respecto de la **indefinición** que caracteriza la regulación de la situación del trabajador migrante “sin papeles”, la normativa que regula las obligaciones y derechos en materia de protección social derivados de la relación de trabajo entre éste y su empleador presenta significativas **contradicciones, y da lugar también a pronunciamientos judiciales dispares.**

En un primer momento tanto los artículos 10.1 y 14.1 de la Ley de Extranjería como el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social parecen claros cuando limitan el acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social a los extranjeros con autorización de residencia. Sin embargo, el poder legislativo en la última reforma de la Ley de extranjería que entró en vigor en diciembre de 2003 introduce una precisión en el **artículo 36.3 de la Ley**, donde dice que la falta de autorización de trabajo no invalidará los derechos del trabajador derivados del contrato de trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades que deriven para el empresario, **incluidas aquellas en materia de Seguridad Social.**

Con este añadido, el legislador afirma expresamente **la obligación para el empresario de cotizar al régimen de la Seguridad Social que proceda por los trabajadores “sin papeles” que tenga empleados.** Esto, de manera no específica, podía entenderse también de los preceptos arriba citados de la Ley General de la Seguridad Social que establecen que la obligación de cotizar por el trabajador nace para el empresario desde el mismo momento en que se inicia la relación laboral. Esta obligación para el empresario había sido ya declarada por la **Sala de lo Contencioso**

**Administrativo del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras la de 2 de diciembre de 1998**, basándose en que de no ser declarada la obligación de cotizar, la contratación de irregulares era rentable para el empresario aún asumiendo el costo de las posibles sanciones, obteniendo de esa manera **rendimiento económico de la infracción**.

Está establecida por tanto la obligación del empresario de cotizar por sus trabajadores en situación irregular, **lo que no está claro, ni la opinión es unánime es la cuestión relativa a las prestaciones derivadas de esas cotizaciones a las que tiene derecho la trabajadora migrante**. La Tesorería General de la Seguridad Social emitió una Circular el 13 de febrero de 2001, por la que daba la orden a sus administraciones de no reconocer en ninguna circunstancia el derecho a la percepción de prestaciones sociales contributivas a los trabajadores extranjeros en situación irregular. Para tratar de aclarar la cuestión, el legislador, dentro de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social* (leyes que se suelen utilizar como cajón desastre para regular materias de toda índole) introduce el Artículo 41 (arriba citado), en el que establece que el empresario que contrate a trabajadores inmigrantes en situación irregular deberá pagar la sanción que corresponda incrementada en el costo de las cotizaciones a la Seguridad Social que debiera haber pagado por el tiempo de duración de la prestación de servicios. Con esta regulación, las opiniones más conservadoras mantienen que si bien el empleador tiene obligación de pagar las cotizaciones si se demuestra que ha tenido contratadas a trabajadoras "sin papeles", ello no revierte en el derecho de estas a la percepción de las prestaciones que procedan, sino que son cuotas a pagar tan solo en concepto de sanción.

Afortunadamente, esto no se ha quedado así por completo. Con base en el **Convenio nº 19 de la Organización Internacional del Trabajo**, relativo a la **igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo de 1925** (ratificado por España en 1928), así como en el propio Artículo 57.5.d) de la Ley Orgánica 4/2000, la **Sala Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de Junio de 2003, recaída en los autos de recurso de casación para la unificación de doctrina nº 4217/2002 establece con rotundidad el derecho del trabajador extranjero "sin papeles" a la percepción de las prestaciones sociales derivadas de las situaciones de incapacidad derivadas de ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL**, así como la responsabilidad subsidiaria de la Seguridad Social en el pago de dichas prestaciones. Es importante también que el Supremo declaró en la sentencia la irrelevancia para el reconocimiento del derecho del trabajador de la circunstancia de que su país de origen haya firmado

o no el Convenio n° 19 de la OIT (no debe exigirse para el reconocimiento del derecho la reciprocidad en la suscripción del Convenio al estado de procedencia del trabajador).

En cuanto a la **PROTECCIÓN POR DESEMPLEO**, la administración laboral no reconoce en ningún caso el derecho de los trabajadores en situación irregular a percibir la prestación por desempleo, ni siquiera cuando se haya acreditado en sede judicial la existencia de una relación laboral de una trabajadora "sin papeles" y se haya obligado a su empleadora a pagar las cotizaciones a la Seguridad Social derivadas de la misma. Esta firme posición de la autoridad laboral ha sido puesta en tela de juicio por la **Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos, núm. 219/2006, de 14 de marzo, por la que se reconoce el derecho a un trabajador con casi dos años trabajados en situación irregular, a recibir prestaciones por desempleo, condenando a las empresas empleadoras y al INEM a estar y pasar por dicha declaración.** La Sala adopta en este pronunciamiento criterios innovadores respecto al reconocimiento de la realidad social en la que se produce la relación laboral del trabajador en situación irregular, priorizando los derechos del trabajador extranjero sobre cualquier otra consideración referente a su situación administrativa, y declarando que partiendo de la base de que el contrato laboral de un trabajador no es un contrato nulo, **"sería contrario a la Ley no reconocer al mismo los derechos derivados de su actividad laboral, entre ellos lógicamente el derecho al desempleo si reúne los requisitos exigidos para cualquier español para su obtención"**. Toma en consideración los Convenios suscritos por España en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, **en este caso el *Convenio n° 44 OIT, de 1934 (ratificado por España en 1971) por el que se garantizan indemnizaciones o subsidios a desempleados involuntarios,*** afianzando la posición doctrinal consistente en que la observancia de estos acuerdos no puede ser dejada de lado en materia de regulación de las relaciones laborales con extranjeros sin autorización para trabajar.

Esta sentencia del TSJ de Castilla y León ha sido duramente criticada por diversos sectores de la doctrina laboral y administrativa, ya que sus razonamientos abren la puerta de acceso para las trabajadoras "sin papeles" **a todo el sistema de prestaciones contributivas de la Seguridad Social, entre las que cabe destacar las prestaciones por incapacidad temporal y permanentes para el trabajo derivadas de contingencias comunes.** Por este motivo, y dado el clima político actual de fomento del control y represión de la inmigración a todos los niveles, es poco probable que el audaz pronunciamiento del TSJ de Castilla y León se confirme por el Tribunal Supremo.

## C) DERECHO A LAS PRESTACIONES SOCIALES BÁSICAS

El artículo 14.3 de la Ley Orgánica 4/2000 es bastante claro cuando dice, ***“Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”***. Esto quiere decir, que las personas extranjeras en situación irregular tienen derecho a las prestaciones y ayudas, de carácter asistencial que gestionan fundamentalmente los Ayuntamientos y las Comunidades Autónomas, como por ejemplo los servicios de **atención domiciliaria** para personas impedidas, las subvenciones de **comedor** para las niñas hijas de personas con menor nivel de recursos, o la percepción de la Renta Mínima de Inserción (**REMI**) que conceden los Servicios Sociales. Las CC.AA. y la mayoría de Ayuntamientos niegan el derecho de los extranjeros en situación irregular a la percepción de estas ayudas, **quebrantando con ello el principio de igualdad, ya que no existe ninguna base en la Ley de Extranjería que permita discriminar a las personas “sin papeles”** en esta materia, antes al contrario, la Ley reconoce expresamente estos derechos a los extranjeros, con independencia de su situación administrativa.

## D) DERECHO A LA SALUD

El artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconoce el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia habitual en España. Precizando un poco más en cuanto a los extranjeros, el **Artículo 12 de la Ley de Extranjería consagra el Derecho para estos a la asistencia sanitaria, con carácter general e independencia de su situación administrativa, en las mismas condiciones que los españoles (asistencia gratuita para todas las personas con insuficiencia de recursos)**. El único requisito de acceso es el **constar empadronado** en un municipio del estado. Sabiendo esto, la tendencia de una buena parte de administraciones municipales es la de dificultar considerablemente la inscripción en el padrón a las personas inmigrantes en situación irregular, de hecho la propuesta de reforma del régimen de extranjería impulsada el año pasado en las Cortes por Coalición Canaria y el Partido Popular (ver boletín nº 115) proponía condicionar el acceso al Padrón de habitantes a la obtención de autorización de residencia. Con esa medida, **se conseguiría eliminar la visibilidad como habitantes de las personas extranjeras en situación irregular**, e impedir así su acceso a la salud pública así como a otros recursos a los que

tienen derecho en tanto que habitantes (a la educación de los menores de edad por ejemplo).

Además, el artículo 12 de la Ley de Extranjería reconoce el derecho a la sanidad pública con independencia del requisito del empadronamiento, para todas las personas en situación de necesidad urgente, a los menores y a las mujeres embarazadas durante el embarazo, parto y post-parto con carácter general.

## **E) DERECHO A LA EDUCACIÓN**

El artículo 9.1 de la Ley de extranjería garantiza el **derecho a la educación obligatoria** para todos los extranjeros menores de edad, con independencia de su situación administrativa, en las mismas condiciones que a los estudiantes autóctonos. En cambio, el **artículo 9.3 de la misma Ley**, venía a excluir a los extranjeros en situación irregular del acceso a la educación de naturaleza no obligatoria, **así como al sistema público de ayudas y becas**. De esta manera, la Ley solo reconocía a las personas "sin papeles" el acceso a la enseñanza primaria y a la enseñanza secundaria obligatoria (E.S.O), que normalmente se completa a la edad de 16 años. De esta manera con base en la Ley se dejaba fuera del acceso a niveles superiores de educación ( Bachillerato, Formación Profesional, Universidad) a personas "sin papeles" que no habían alcanzado la mayoría de edad. Esta limitación ha sido declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia nº 236/2007 de 7 de noviembre de 2007, donde se dice *"el derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor"*. Por este motivo, el TC declaró nulo el inciso "residentes" del Art. 9.3 de la Ley de extranjería, por lo que en principio toda persona extranjera menor de edad tenga o no papeles debe poder acceder a la educación superior, así como al sistema de ayudas y becas, en las mismas condiciones que el resto de la población estudiante.

## **F) DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

En principio, la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción que quedó tras la reforma regresiva operada en la misma por la Ley Orgánica 8/2000, en su artículo 22.2, así como el artículo 2 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante AJG) **exigían la condición de residente legal** como condición para el ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los españoles (acreditando insuficiencia de recursos para litigar).

En el texto original de la Ley se reconocía a los extranjeros “sin papeles” el derecho a la asistencia jurídica “de oficio” **tan solo en aquellos procedimientos administrativos y judiciales en los que se decidiera sobre su expulsión del territorio estatal**. Esta exclusión del acceso a la AJG generaba tal problemática que fue rápidamente recurrida por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional, que declaró dicho precepto restrictivo inconstitucional y nulo en **Sentencia 95/2003, de 22 de mayo**.

En esta Sentencia, el TC considera que el acceso a la AJG es una parte esencial del **derecho a la tutela judicial efectiva** (Artículo 24.1 de la Constitución) del que son titulares todas las personas con independencia de su situación administrativa por imperativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 10), entre otros textos internacionales suscritos por España, por lo que concluye declarando ***“Al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación”***.

La cuestión de la Asistencia Jurídica Gratuita, que podría parecer lógica a cualquier persona desde una perspectiva de mínimo respeto por los derechos humanos, no está tan clara en el seno de la UE, ya que por ejemplo para la reciente aprobación el pasado 5 de junio de 2008 por los Ministros de Interior de los países miembros de la **Directiva de sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular (Directiva de la vergüenza)** ha sido necesario **eliminar el precepto que garantizaba la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en los procedimientos de expulsión**, ya que determinados estados (Alemania, Austria y Grecia) pusieron como condición “sine qua non” para dar su voto favorable la eliminación de dicha garantía.

## **G) DERECHOS COLECTIVOS: DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL, RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA HUELGA**

Dentro del paquete de medidas restrictivas de derechos que supuso la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (primer texto de la actual Ley de extranjería) transcurridos apenas 11 meses de la aprobación de ésta, fue la reforma del **Artículo 11 de la Ley, en el sentido de condicionar el reconocimiento y por tanto la protección de los derechos de libre sindicación y ejercicio de huelga de los trabajadores**

**extranjeros a la obtención por estos de la preceptiva autorización de residencia y de trabajo**, requisito que no estaba establecido en el articulado primitivo de la Ley.

Esta anulación absoluta de los derechos colectivos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras inmigrantes “sin papeles” ha sido por suerte abolida en recientes Sentencias del Tribunal Constitucional, la **STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007** (que trata sobre el reconocimiento de la libertad sindical entre otros derechos) y la **STC 259/2007 de 19 de diciembre**, (centrada en el reconocimiento del derecho a la huelga) y la **STC 260/2007**, en las que se ha declarado inconstitucional la inclusión del término *“residentes”*, como condicionante en el artículo 11 de la Ley que regula estos derechos.

En fundamentación de su decisión, el TC razona en resumen que de una interpretación del Artículo 28 de la Constitución (libertad sindical y derecho a la huelga) acorde a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Tratados Internacionales sobre DDHH y específicos sobre derechos de los trabajadores, **solo cabe concluir que *“no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio por parte de los trabajadores del derecho a sindicarse libremente, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo , y, en consecuencia para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador”***. En apoyo de su tesis, la sentencia cita entre otros el artículo 23 de la DUDH, el artículo 22 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11.1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho de toda persona a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. Consideró el TC de aplicación también en virtud del Artículo 10 de la Constitución el **Convenio núm. 87 de la OIT, sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación de 1977** (numerosos convenios de la OIT suscritos por la mayoría de estados de la UE son a menudo ignorados por los poderes públicos) en cuyo **Artículo 2 *“se garantiza a los trabajadores sin ninguna distinción, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”***.

La lectura de la primera de estas sentencias, la STC 236/2007, de 11 de noviembre, tiene gran interés no solo por la indudable trascendencia de la declaración de nulidad de determinados artículos de la Ley de Extranjería, sino porque recogiendo también el resumen de las tesis de la Abogacía del Estado en defensa del texto restrictivo de la Ley, **refleja las contradicciones jurídicas existentes en el seno del Estado de Derecho con respecto a la represión del**

trabajador extranjero “sin papeles”, la oposición entre la observancia de un mínimo respeto a las normas internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado, frente a la postura netamente restrictiva, en este caso representada por la Abogacía del Estado (AE), que desconoce al extranjero irregular como sujeto titular de derechos. En esa línea, planteaba el AE en oposición al recurso de inconstitucionalidad, que estando los derechos de los extranjeros contenidos en la constitución, pero siendo de regulación legal, la **autorización administrativa de residencia debe entenderse como un requisito constitutivo** para atender al resto de los derechos de los extranjeros en España, es decir, se niega la existencia de los cientos de miles de trabajadores extranjeros “sin papeles” como titulares de derechos. De hecho dice literalmente que: **“si el presupuesto del ejercicio de los derechos fundamentales es la estancia o residencia en España, resulta difícil reconocer estos derechos a quienes no deben estar en territorio español”**.

Esta teoría esgrimida aquí por la Abogacía del Estado es la base, no solo en España sino también en el resto de los estados de la UE, para ignorar en materia de regulación del régimen legal de los trabajadores extranjeros indocumentados toda la normativa internacional sobre derechos humanos suscrita por los estados europeos desde el final de la segunda guerra mundial.

Si bien **es necesario precisar**, que mientras que la inclusión del término **residentes** en el Artículo 11.2 de la L.O. 4/2000 como condicionante del derecho de huelga ha sido **declarada inconstitucional y nula (STC 259/2007) y por tanto expulsada del ordenamiento jurídico**, no ha tenido igual tratamiento el condicionante de tener autorización de residencia respecto del Artículo 11.1 de la Ley que trata el derecho de libertad sindical, ya que con respecto a este último se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad (**vid. Fundamento jurídico 17 de la STC 236/2007**). El TC viene a decir que no declara la nulidad del precepto para que sea el legislador quien regule nuevamente esta materia.

## **H) DERECHOS CIVILES: DERECHO DE ASOCIACIÓN, DE REUNIÓN PACÍFICA Y DE MANIFESTACIÓN.**

Al igual que pasó con los derechos de sindicación y huelga, la reforma restrictiva de la Ley Orgánica 4/2000, llamada Ley Orgánica 8/2000, preparada a toda prisa por el gobierno entonces del PP para cargarse buena parte de los aspectos más progresistas del texto original de la Ley de extranjería, modificó los artículos 7 (libertad de reunión y manifestación) y 8 (libertad de asociación), para excluir de

la titularidad de esos derechos a los extranjeros "sin papeles", que reconocía el texto original de la Ley.

La revisión constitucional de esta restricción de derechos ha sido también objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional citada anteriormente, la **STC 236/2007, de 11 de noviembre**. En la misma, el TC vino a recordar al legislador el contenido del **Artículo 20.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reza literalmente "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas"**, así como otros preceptos de similar redacción contenidos en el Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, al igual que con la regulación del derecho de libertad sindical, **la STC 236/2007 declara la inconstitucionalidad pero no la nulidad de los preceptos que excluyen de los derechos de asociación y reunión pacíficas a los extranjeros en situación irregular**. En lugar de declararlos nulos directamente, el TC hace como hemos dicho una remisión al legislador para que sea éste quien haga una nueva redacción del precepto que sea respetuosa con la Constitución.

**¿Cómo interpretar estas sentencias?** En mi opinión, la tibia actitud del TC se relaciona con lo anteriormente expuesto sobre las dudas que generan las contradicciones entre la represión de los derechos de los extranjeros en situación irregular y el mínimo respeto por los Derechos Humanos. Lo que entendemos viene a querer decir **es que es inconstitucional la exclusión absoluta del inmigrante "sin papeles" de la titularidad de los derechos de libre asociación, reunión pacífica y sindicación, pero no sería inconstitucional una titularidad parcial de estos derechos, de manera que se hiciera diferenciación legal en el ejercicio de los mismos entre el inmigrante "sin papeles" y el inmigrante legal**. De momento, **al no existir esa diferenciación legal, entendemos que no cabe que los poderes públicos limiten a los trabajadores en situación administrativa irregular el ejercicio de sus legítimos derechos a asociarse libremente, reunirse y manifestarse en forma pacífica y sindicarse libremente para la defensa de sus intereses**.

## **0.2 VÍAS DE ACCESO ORDINARIAS PARA LA OBTENCIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO.**

El objeto del presente apartado es hacer una breve descripción de las vías de acceso más frecuentes por las que las trabajadoras inmigrantes pueden acceder en la actualidad a la autorización de inicial de residencia y trabajo. Se centra por tanto en los permisos de trabajo y residencia que consideramos más habituales, dejando al margen las vías por las que se obtiene tan solo un permiso de residencia sin autorización par trabajar (reagrupación familiar), así como otros permisos de utilización menos habitual para la gran mayoría de trabajadores foráneos como los denominados por "razones de protección internacional" ( Art. 45.3 del R.D. 2393/2004, por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Extranjería) o los concedidos por "circunstancias humanitarias" (Art. 45.4 del R.D. 2393/2004).

### **A) RÉGIMEN GENERAL DE OBTENCIÓN DE AUTORIZACIÓN INICIAL DE RESIDENCIA Y TRABAJO (EN ADELANTE ATR).**

**El procedimiento para su solicitud se basa en los artículos 36 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, y se regula en los artículos 49 a 53 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre por el que se aprobó el actual reglamento de la L.O. 4/2000.**

Desde el año 2000 en que se aprobó la Ley de Extranjería, las sucesivas reformas de la misma así como de sus reglamentos de desarrollo han blindado el régimen e acceso para los extranjeros a la autorización inicial de residencia y trabajo por el denominado régimen general, que entonces era la vía de acceso ordinaria a la legalidad, **hasta el punto que el uso de esta vía se ha convertido en residual.**

En el momento de aprobación de la Ley, y de su primer reglamento que fue aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio de 2001, el procedimiento consistía en que **era el propio trabajador extranjero quien solicitaba para sí su autorización de residencia y trabajo** (adjuntando una oferta de empleo y documentación acreditativa de la empresa oferente), y posteriormente tenía que viajar al Consulado español de su país para

solicitar el correspondiente visado de residencia, normalmente sabiendo de antemano que tenía concedida la ATR. Existía además un trámite específico para la eximir del requisito de viajar a por el visado a los solicitantes que tenían vínculos familiares con residentes legales.

En cumplimiento de las directrices de la UE para el control de los “flujos migratorios”, esta situación ha cambiado radicalmente, primero con las reformas de la L.O. 4/2000 y su reglamento producidas en el año 2003, consolidándose después con la aprobación del actual Reglamento de la Ley de Extranjería, el R.D. 2393/2004, hecho ya por el gobierno del PSOE, y presentado inexplicablemente por los poderes públicos y la prensa a la sociedad como norma progresista y respetuosa con los derechos de los inmigrantes, cuando supone la consolidación y el avance en la dirección de blindar el régimen de acceso a la legalidad a los cientos de miles de trabajadores extranjeros que residen en España en situación irregular.

Actualmente, **es la empresa o empleador individual quien tiene que presentar** una solicitud de autorización de residencia y trabajo para el trabajador extranjero. Se exige además que en ningún momento de la tramitación de la solicitud **se ponga de manifiesto que el extranjero se encontraba en España en situación irregular al momento de hacerse la solicitud.** La oferta de empleo solo puede hacerse además para alguna de los puestos que publica trimestralmente el INEM en un listado por provincias denominado **Catálogo de Ocupaciones de difícil cobertura.** Determinadas administraciones provinciales exigen además que la empresa o el empleador individual acrediten su capacidad económica para hacer frente a las obligaciones derivadas del puesto de trabajo ofrecido. Una vez concedida la ATR, el trabajador debe solicitar el correspondiente visado de residencia en el consulado español de su país de origen, donde deberá pasar un nuevo control administrativo, y le podrán denegar el acceso al territorio del estado español si incumple alguno de los requisitos ( no pasar el preceptivo control sanitario en la clínica privada reconocida por el Consulado por ejemplo), o se sospecha que en algún momento anterior se encontraba en España en situación irregular.

En definitiva, los requisitos establecidos para la obtención de la ATR por la **vía ordinaria son prácticamente inexpugnables**, el procedimiento viene durando por regla general una media de 9 meses a más de un año, y lógicamente hay pocos empleadores dispuestos a esperar todo ese tiempo para contratar a un trabajador y a acometer la titánica carga burocrática que el procedimiento exige. **Por estos motivos, el régimen ordinario de obtención del**

**permiso inicial de residencia y trabajo es una figura legal en desuso.**

## **B) EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS**

Es el sistema de tramitación de permisos de permisos de residencia y trabajo para trabajadores extranjeros que se encuentren en sus países de origen, que estaba presente ya en el primer reglamento de la Ley de extranjería. **(Art. 65 del R.D. 864/2001)**. La medida fue presentada en su día por el Gobierno como **“piedra angular” de la política de inmigración en España**, y lo cierto es que no ha servido de mucho.

La base sobre la que se asienta la figura del contingente se encuentra en el Artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, y el procedimiento que los regula se encuentra en los artículos 77 a 80 del Real Decreto 2393/2004, por el que se aprobó el actual reglamento de la Ley de Extranjería. El procedimiento consiste en que el Gobierno debe aprobar anualmente, previas consulta de la situación nacional de empleo, un número de ofertas de de trabajo para tramitarlas preferentemente en los países de origen con los que España tenga firmados **“acuerdos sobre la regulación y ordenación de flujos migratorios”** a través de los Consulados, a partir de solicitudes genéricas de mano de obra que presenten las empresas.

La medida si bien ha sido utilizada, es probable que de todos los trabajadores inmigrantes que han accedido a la legalidad desde el año 2000, los que lo han hecho a través de esta vía no lleguen ni al 5%, por tanto no puede hablarse de sistema ideal para la ordenación de la migración, tal como se presentó la medida en su día. Probablemente uno de los mayores fallos de la regulación de esta figura, es que se delega en los Consulados la función de realizar los procesos de selección de los trabajadores extranjeros que quieran acceder al contingente, pretensión algo utópica dada la falta de costumbre de la administración consular en emplearse en tareas penosas.

## **C) MODIFICACIÓN DE SITUACIONES ANTERIORES (DE RESIDENTES SIN MÁS A RESIDENCIA CON TRABAJO)**

La modificación de la situación de personas con permiso tan solo para residir en España pero no para trabajar a la situación de residencia y trabajo es una de las **vías de acceso frecuentes en la actualidad para la obtención de la ATR**. Son personas autorizadas a estar en España, normalmente con tarjeta de residencia **por haber**

**sido reagrupadas, con tarjeta de estudiante o en menor medida con permisos de residencia pero no de trabajo en virtud de circunstancias excepcionales. Se regula en los artículos 95, 96 y 98 del Real Decreto 2393/2004.**

Se exige a estas personas que haya transcurrido por lo menos **el plazo de un año** desde que obtuvieron el permiso de residencia para poder solicitar el cambio a la ATR, excepto a los que sean residentes en virtud de reagrupación, así como aquellos que acrediten circunstancias sobrevenidas que motiven su necesidad de trabajar. En el caso de los **estudiantes**, como por ley no se les considera en situación de residencia sino de "estancia" (curiosa estancia de duración indefinida), el plazo que se les exige haber pasado como estudiantes antes de obtener la ATR inicial es de **tres años**, exigiéndoseles además que acrediten haber realizado sus estudios con aprovechamiento y sin ayudas ni becas públicas concedidas por autoridades españolas.

En todos estos permisos, **la legitimación para hacer la solicitud la tiene también el patrón empleador** (excepto en los casos de personas autorizadas a residir por circunstancias excepcionales) , **medida que resulta a mi juicio desproporcionada y fomenta la posición de superioridad que tiene ya de por sí el patrón frente a su trabajador en el marco de las relaciones laborales** , imponiendo la lógica del "**si te portas bien te hago los papeles**". Este poder que la legislación de extranjería confiere al patrón se ha de entender con arreglo a la idea del **sistema de co-control del trabajador** inmigrante entre el Estado y la empresa de la que hablamos anteriormente, que se extiende aquí incluso a trabajadoras inmigrantes que se encuentran ya en situación de residencia legal.

#### **D) ARRAIGO SOCIAL (ART. 45. 2. B) Y CONCORDANTES DEL R.D. 2393/2004)**

En la actualidad, la obtención del permiso de residencia y trabajo por el denominado arraigo social es **prácticamente la única posibilidad de acceso a la legalidad administrativa** para la mayoría de los trabajadores inmigrantes que se encuentran en nuestro territorio en situación irregular.

Los **requisitos principales** para su obtención son acreditar mediante documento público (el reglamento de refiere el padrón) una antigüedad de por lo menos **tres años** en territorio del estado español, y tener **vínculos familiares de primer grado** con extranjeros residentes legales, o bien contar con un **informe favorable que acredite el grado de arraigo** del extranjero en su

entorno social que emiten los Servicios Sociales públicos competentes en la demarcación en que este tenga su residencia habitual. Debe contarse además con un **contrato de trabajo de vigencia condicionada** a la posterior concesión del permiso, se debe acreditar con documentación y una especie de informe de la empleadora oferente del contrato que la ocupación ofrecida al extranjero es veraz y que la empleadora carece de deudas con entidades públicas. El extranjero, que en este caso si hace la solicitud por sí mismo, debe acreditar también **que carece de antecedentes penales en su país de origen**, mediante documento público debidamente traducido y legalizado ( documento cuya obtención puede ser bastante difícil dependiendo del país en cuestión), mientras que la comprobación de la tenencia de antecedentes penales en España o países del territorio Schengen la hace la administración de oficio .

A los anteriores requisitos se ha de añadir que el trabajador extranjero **no debe tener en vigor en el momento de presentarse la solicitud ninguna orden de expulsión** que se le haya impuesto como sanción por encontrarse irregularmente en España , **requisito ciertamente paradójico**, si se toma que la premisa básica para la concesión de la ATR por arraigo social es precisamente acreditar un periodo de residencia en situación irregular de al menos tres años, y **lo más normal es que el trabajador extranjero haya sido interceptado con frecuencia durante ese periodo de tiempo por los frecuentes controles policiales de documentación**, y por consiguiente, se hayan incoado en su contra los procedimientos sancionadores procedentes (es habitual por ejemplo que posibles solicitantes de arraigo tengan dos y hasta tres ordenes de expulsión en su contra sin que ninguna haya llegado a ejecutarse). Esto introduce también **un parámetro discriminador de tintes xenófobos** entre los posibles trabajadores solicitantes de arraigo, ya que no todos los emigrantes tienen las mismas posibilidades de ser sancionados con una orden de expulsión, **cuanto más pobre es su país de procedencia** más dificultades tienen para entrar en España sin ser interceptados por las FCSE, y **cuanto más oscuro es su color de piel** mayor es el índice de probabilidades de que haya sido detenido por la policía simplemente por encontrarse en situación irregular en España, es decir, **es prácticamente imposible encontrar un inmigrante africano de origen subsahariano que al cumplir los tres años de residencia irregular no tenga ordenes de expulsión vigentes en su contra**, en cambio es bastante normal que un inmigrante irregular de aspecto indoeuropeo no haya tenido ninguna sanción durante esos tres años. **Es importante saber cuando se asesore a un posible solicitante de arraigo**, que en caso de que tenga ordenes de expulsión vigentes, debe **solicitar la revocación** de las mismas a la administración con anterioridad o simultáneamente a la solicitud de la ATR.

Visto lo anterior, se entenderá que no es fácil para una persona extranjera cumplir con los requisitos necesarios para solicitar el permiso de residencia y trabajo por arraigo social, sobre todo por la dificultad que entraña para estas personas sobrevivir durante tres años en España en situación irregular, sin tener desafortunados encuentros con autoridades, o sin delinquir, teniendo en cuenta las cada vez mayores dificultades para obtener un empleo estable sin la preceptiva autorización para trabajar.

En todo caso, es importante defender que se mantenga esta vía de acceso a la legalidad para los trabajadores extranjeros en situación irregular, ya que **la tendencia en los países miembros de la UE es hacia el alargamiento de los plazos para solicitarlo sino directamente a la supresión** de este tipo de vías legales iguales para todos, y su sustitución por un sistema basado en la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que concederán o no permisos atendiendo a "circunstancias humanitarias". En esta línea, la reforma del régimen de extranjería producida en **Alemania en abril de 2007** aumentó los plazos para solicitar permiso de residencia y trabajo a los extranjeros residentes en situación irregular, a **seis años para aquellos extranjeros irregulares con familiares residentes legales y a ocho años para los que carezcan de los mismos**. Mientras que en **Francia**, la polémica reforma del régimen de extranjería realizada en 2007 **ha suprimido la posibilidad de acceder al permiso de residencia por la vía de la prolongación en el tiempo de la residencia en situación irregular (que allí era de diez años)**, sustituyéndolo por un sistema discrecional en el que se faculta a las prefecturas provinciales para **conceder permisos por circunstancias humanitarias**.

## **E) ARRAIGO LABORAL (ART. 45.2.A Y CONCORDANTES DEL R.D. 2393/2004**

Esta vía de acceso a la legalidad administrativa para los trabajadores "sin papeles" fue presentada por el entonces Ministro de Trabajo Jesús Caldera como la nueva medida estrella para sancionar a los empleadores de mano de obra ilegal a la vez que promover la obtención de ATR para aquellos trabajadores ilegales que denuncien a su empleador. Hoy se puede afirmar con rotundidad que la medida ha sido un **completo fracaso**.

Los requisitos principales que se exigen al solicitante de ATR por esta vía son que demuestre mediante documento público (empadronamiento) un tiempo de **residencia irregular en España de cómo mínimo dos años**, y un **tiempo de relación laboral por cuenta ajena prolongada en el tiempo de cómo mínimo un año**. Los únicos documentos admisibles para acreditar la relación laboral

han de ser públicos, es decir, **acta firme de la Inspección de Trabajo** dando constancia tanto de la existencia de la relación laboral como de su duración, o bien sentencia judicial en la que se declaren como probadas dichas circunstancias.

Hay varios factores determinantes a nuestro juicio del fracaso de esta norma. El primero y más importante, **es que el tiempo de residencia previa** que el extranjero debe acreditar es de tan solo un año menos de duración con respecto a la norma del arraigo social, por tanto. El tiempo que puede durar un proceso administrativo o judicial por el que se acredite la relación laboral en los términos exigidos por el reglamento puede tener tranquilamente una duración superior al año, y normalmente **no es sencillo acreditar la existencia y aún menos la duración de la relación laboral para estos trabajadores**, por lo que finalmente la figura del arraigo laboral deviene inútil para la trabajadora inmigrante "sin papeles".

**FASE 1.**  
**DESDE QUE EL TRABAJADOR SOLICITA SU PERMISO**  
**DE RESIDENCIA HASTA QUE LO OBTIENE**

Normalmente, la trabajadora migrante se encuentra en España al momento solicitar su permiso de residencia y trabajo. Cuando lo pide por la vía del arraigo social, es ella misma quien puede hacer la solicitud, si bien necesita un contrato de trabajo cuya vigencia se condiciona a la posterior resolución favorable de la solicitud, y documentación acreditativa de la empresa por la que va a trabajar. Cuando lo solicita por la vía del régimen general, es el empleador el único legitimado para pedir el permiso por él, y además el trabajador debe estar en su país para solicitar el correspondiente visado de residencia. **Este periodo es el de mayor vulnerabilidad jurídica para la trabajadora extranjera**, ya que la Administración, según el tipo de permiso que se trate y la provincia en que se solicite **puede tardar entre cuatro meses y un año en responder a la solicitud**, tiempo en que **su situación jurídica se encuentra por completo a merced del empleador**, ya que en todo caso su autorización se encuentra condicionada a que el empleador/empresa que le dio el contrato u oferta de empleo, cause su alta en la seguridad Social una vez la Administración haya contestado favorablemente. Una discusión con el empleador puede significar por tanto el echar a perder numerosos y costosos trámites que normalmente el trabajador extranjero ya ha realizado antes de cursar su solicitud.

**FASE 2**  
**DURANTE EL PRIMER AÑO DE VALIDEZ DEL**  
**PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO**

En ese periodo, la trabajadora migrante está sometida a varios **condicionantes que posibilitarán o no la renovación de su primera autorización de residencia y trabajo** (en adelante ATR), por lo que su situación jurídica continua siendo de gran vulnerabilidad si se la compara con la de las otras trabajadoras autóctonas. De entre dichos condicionantes cabe citar los siguientes:

- **Limitación de la validez de la ATR al ámbito geográfico de la provincia en que se solicitó, y al sector** de actividad laboral en que se pidió. Este requisito genera graves problemas a los extranjeros que pierden su puesto de trabajo en provincias con poca oferta laboral, ya que les resulta casi imposible encontrar un nuevo empleo.
  
- **Obligación de permanencia** en el puesto de trabajo por el que se concedió la ATR por un tiempo de seis meses. En caso de haber estado menos de tres meses en dicha actividad, el trabajador migrante deberá acreditar al momento de solicitar la renovación de su permiso que el cese de la actividad laboral fue por causa ajena a su voluntad. (Art. 54, apartados 3 y 4 del R.D. 2393/2004). Este requisito que a simple vista puede parecer sencillo, no lo es, ya que se debe considerar que la mayoría de las trabajadoras migrantes durante el primer año de validez de su ATR tienen poco conocimiento de la documentación inherente a toda relación laboral, y es frecuente por ejemplo que sean despedidas sin dejar constancia por escrito y sin demandar a la empresa en el plazo legal de 20 días, por tanto, sin dejar constancia de su cese involuntario en su puesto de trabajo.
  
- Cotización de **seis meses como mínimo del año de validez de la ATR**. Es posible la renovación si se tienen tres meses cotizados, se acredita que el cese en el trabajo que dio lugar a la concesión de la ATR se debió a causas ajenas a la voluntad del trabajador, se acredita asimismo que el trabajador a participado activamente en la búsqueda de empleo, y se tiene un contrato de trabajo en vigor.

- Al momento de hacerse la solicitud de la primera renovación de la ATR , aún habiendo cotizado por el periodo mínimo de 6 meses, el trabajador migrante debe encontrarse **de alta en el Sistema de Seguridad Social**, pues de lo contrario tendrá que aportar junto con la solicitud una nueva oferta de empleo acompañada con toda la documentación de la empresa que se la haga, lo que supone para el trabajador un esfuerzo burocrático casi tan costoso como el que debe hacer cuando no tiene la ART.

A la vista de los requisitos expuestos, se entenderá lo dicho al respecto de la mayor vulnerabilidad de la trabajadora migrante con respecto a otros trabajadores, ya que incluso cuando obtiene el ansiado permiso de residencia, tiene un **“status jurídico” muy precario**, lo que en gran medida garantiza la sumisión a su empleadora. Por ejemplo, se ven muchos casos de trabajadores migrantes que han obtenido recientemente su ATR, cobrando un salario real por debajo de convenio, o en condiciones inferiores a las de sus compañeros de trabajo (el empleador conoce los condicionantes de la renovación de la ATR, y con frecuencia se aprovecha de ellos)

**FASE 3**  
**DESDE QUE EL TRABAJADOR MIGRANTE OBTIENE LA PRIMERA RENOVACIÓN DE SU PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO HASTA QUE OBTIENE EL PERMISO DE RESIDENCIA PERMANENTE**

En este periodo, la trabajadora obtiene una primera renovación de su ATR de dos años de validez, que podrá renovar a los dos años cumple con los requisitos legales. En este caso, la ART no está sometida a limitación geográfica y sectorial como en la anterior etapa, pero sí se mantienen los requisitos de cotizar seis meses por cada año de validez de la ATR, así como el de encontrarse de alta en la Seguridad Social al momento de pedir la renovación.

Debe tomarse en consideración además que las sucesivas renovaciones de la ATR se encuentran condicionadas también al requisito de que el trabajador migrante carezca de **antecedentes penales**, (Art. 54.9 R.D. 2393/2004), y a este respecto se ha de señalar que **la Administración con frecuencia hace uso del Registro administrativo de antecedentes policiales** (fichero

policial en el que están incluidas muchas personas investigadas o procesadas pero no condenadas por sentencia firme) , en lugar del Registro Central de Penados y Rebeldes dependiente del Ministerio de Justicia, que es en el que se inscriben exclusivamente las personas condenadas por sentencia firme. Esta práctica administrativa es contraria a la literalidad de la Ley (que explicita como causa de denegación la tenencia de "antecedentes penales), pero ha venido dándose con regularidad.

No es sino cuando la trabajadora migrante cumple **cinco años de residencia legal continuada, cuando puede obtener un permiso de residencia permanente**, cuando adquiere un "***status jurídico***" equiparable al del trabajador autóctono, al adquirir una situación administrativa estable que le permite reivindicar sus derechos laborales frente a la empresa en las mismas condiciones que el trabajador autóctono (no idéntico pues continuará careciendo de los derechos inherentes a la ciudadanía). El permiso de residencia permanente se renueva cada cinco años, y no está ya condicionado a las cotizaciones a la Seguridad Social, ni a ningún otro requisito de los precitados, tan solo es necesario que el trabajador migrante no se haya ausentado por más de seis meses del territorio español en cada año de validez del permiso, o de un año en el cómputo de los cinco años.

## V. CONCLUSION. LA DIRECTIVA DE RETORNO O "DE LA VERGÜENZA". UN NUEVO PASO DE LA UE HACIA LA ARMONIZACIÓN DE LA REPRESIÓN A LOS MÁS POBRES.

No podíamos terminar este boletín sin hacer una referencia a la Directiva de la Vergüenza, acordada por el COREPER y la totalidad de los Ministros de Interior de la UE el pasado 5 de junio de 2008, y aprobada sin apenas modificaciones por el Parlamento Europeo el 18 de junio, estando pendiente su ratificación por el Consejo de Europa en el próximo mes de julio de 2008, que será un mero trámite.

La Directiva prevé una armonización de la legislación de los países miembros en materia de procedimiento sancionador de la inmigración ilegal, y dota de financiación comunitaria los procedimientos de repatriación, así como la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros incursos en procedimientos administrativos conducentes a su deportación. La Directiva es un instrumento normativo comunitario con **fuerza jurídica vinculante, por la que se obliga a los estados miembros a adaptar sus legislaciones nacionales a los mandatos de la misma, que tienen un plazo de 24 meses para hacerlo a partir de que se publique la misma en el DOCE** (Diario Oficial de la Comunidad Europea), por tanto se prevé su aplicación obligatoria a partir del año 2010.

Los aspectos principales de la Directiva son los siguientes:

- Se configura un proceso de deportación de extranjeros extracomunitarios en dos fases. La primera fase, **la llaman "decisión de retorno"** y obliga a los estados a que se expida esta resolución a cualquier extranjero no autorizado legalmente a permanecer en su territorio. **La decisión de retorno conlleva la orden al extranjero para que salga del territorio UE en un plazo máximo de cuatro semanas** (según se establezca en la Ley de cada estado). Los estados podrán tomar medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de la medida de retorno, tales como la presentación periódica ante la autoridad, depósito de fianza, confiscación de documentos del extranjero "sin papeles" etc, etc.

- La segunda fase, es lo que denominan emisión de la **orden de expulsión**, que deberán expedir todos los estados miembros a los extranjeros sobre los que recaiga una decisión de retorno pero se considere que hay riesgo de fuga, o a los que no hallan salido voluntariamente del territorio en el plazo establecido en la decisión de retorno.
- **Prohibición de reingreso (Art. 11 Directiva)**. Las órdenes de expulsión conllevarán obligatoriamente una prohibición de reingreso al territorio Schengen de cinco años, o por tiempo superior si se considera que el extranjero expulsado constituye una amenaza para el país. La decisión de retorno podrá contener también una prohibición de reingreso. (en España las prohibiciones de entrada hasta la fecha son de entre tres y diez años)
- **Asistencia Jurídica**. El artículo 13 de la Directiva contiene una **redacción tortuosa** sobre este punto, diciendo en su punto 3 que **“el extranjero podrá tener asesoramiento jurídico”** para decir a continuación que “los estados miembros velarán porque la asistencia y representación jurídica necesaria se conceda, previa solicitud, de forma gratuita con arreglo a la legislación nacional. **En definitiva, la directiva no obliga a que el extranjero sea asesorado jurídicamente durante el proceso de expulsión.**
- **Internamiento**. El artículo 15 de la Directiva en sus **puntos 5 y 6** prevé el internamiento de los extranjeros irregulares por un plazo de hasta **18 meses**. El internamiento podrá ser acordado por una autoridad administrativa, y **ni siquiera se establece la obligación de que sea posteriormente confirmado por un juez**, se da la alternativa a los estados para que legislen entre la posibilidad de que se establezca un control judicial de la privación de libertad “en el plazo más rápido posible” o de que “concedan al extranjero la posibilidad de incoar un procedimiento para someter a control judicial la legalidad de su internamiento.
- **Internamiento de menores no acompañados y familias con menores**. El artículo 17 de la Directiva dispone la

posibilidad de privar de libertad a menores, solos o junto a su familia, sin disponer **ninguna reducción del tiempo máximo de duración de la privación de libertad con respecto al tiempo ordinario**, por lo que hay que entender que podrá ser también de 18 meses. Esta norma colisiona frontalmente con el espíritu de la **Convención sobre los derechos del niño adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989**, y ratificada por la mayoría de los estados miembros de la UE, colisionando en concreto con su Artículo 37 apartado b que dice: **“b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente”**.

La aprobación de la Directiva de Retorno es la base para la construcción de una normativa común de los estados de la UE en materia sancionadora que **se aproxima a la de los estados más represivos en esta materia** (Suecia, Reino Unido, Países bálticos, Alemania). Son falsas por tanto las declaraciones de miembros del PSOE que justifican su voto favorable a la normativa aduciendo que con ello se pretende la limitación de las normativas más represivas de determinados países, la verdad es que el **PSOE** ha votado favorablemente en contra de la posición mayoritaria adoptada en el Grupo Socialista Europeo, y muy probablemente **obedeciendo a un acuerdo hecho con los gobiernos de Francia e Italia en abril del 2008** (ambos países que junto con España mantenían normativas menos represivas en cuanto a la duración del internamiento). De momento el Ministro del Interior español ya ha adelantado la posibilidad de aumentar en **España el periodo de internamiento aplicable a los extranjeros “sin papeles” de 40 a 60 días**.

Desde que comenzaron en el seno de la UE las políticas comunes sobre migración (Tratado de Schengen, recomendaciones del Consejo de Europa de Sevilla en 2002) se ha venido avanzando en la misma dirección, se denomina ordenación del flujo migratorio a las políticas conducentes a la eliminación de las libertades de la persona inmigrante, se caracteriza jurídicamente al **trabajador inmigrante legal como infraciudadano**, como mera mano de obra con derechos limitados y condicionados, mientras que al **inmigrante irregular o “sin papeles” se le caracteriza como delincuente, posibilitando normativas que incluso permiten privarle libertad sin control judicial**.

La aprobación del tipo de medidas contenidas en la Directiva, cuya transposición deberán hacer los países miembros en los

próximos años, ha de entenderse también en el marco del **clima político xenófobo** que viene extendiéndose ya sin ambages por Europa en los últimos años, con gran éxito entre la población autóctona europea, lamentablemente. **El discurso criminalizador de la figura del extranjero, y el de la sobrepoblación extranjera como una de las causas de la crisis económica y del estado de bienestar europeo**, han sido señas de identidad en los triunfos electorales de Sarkozy y Berlusconi. Ya no se escucha a la clase política pronunciar el discurso sobre la salvación del sistema de pensiones gracias a las cotizaciones de los y las trabajadoras inmigrantes. Desde el poder se **está fomentando el odio de la sociedad hacia los más desfavorecidos**, como si estos fueran la carga que lastra la economía europea, **para desviar la atención de los inmensos beneficios obtenidos por la élite empresarial europea durante los últimos quince años**, caracterizados por la desregulación laboral, la privatización masiva del sector público con frecuencia impuesta desde instituciones de la UE, el mayor desequilibrio en la distribución de las rentas producido en Europa durante el siglo XX y la especulación financiera a escala global.

**BOLETÍN  
INFORMATIVO**

Nº 117  
JULIO 2008

**COORDINACIÓN**

SECRETARIADO  
PERMANENTE  
DEL  
COMITÉ CONFEDERAL

**REDACCIÓN**

GABINETE JURÍDICO

**IMPRESIÓN**

SERVICIOS  
REPROGRÁFICOS  
COMITÉ CONFEDERAL

SAGUNTO, 15 - 1º  
28010 MADRID

TEL.: 91 593 16 28  
FAX.: 91 445 31 32

