



TESIS DOCTORAL

Programa de Doctorado en Derecho
Escuela de Doctorado de la Universitat Jaume I

INMIGRACIÓN LABORAL Y DIGNIDAD

Presentada por la Doctoranda Irene Rosario Gómez Santos
Dirigida por las profesoras Dra. Cristina Pauner Chulvi y Dra. Beatriz Tomás Mallén

Enero de 2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS EN EUROPA Y ESPAÑA	17
1. <i>OLAS MIGRATORIAS O MOVILIDAD HUMANA HACIA EUROPA EN EL SIGLO XXI</i>	17
2. <i>POLÍTICAS MIGRATORIAS EUROPEA Y ESPAÑOLA</i>	20
2.1. Política migratoria europea	20
2.2. Política migratoria española	29
3. <i>EL ESTATUTO DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA</i>	41
3.1. El estatuto del extranjero en la Constitución española	42
CAPÍTULO 2. LA DIGNIDAD Y SU CARÁCTER INHERENTE AL DERECHO AL TRABAJO, SEA EJERCIDO POR PERSONA NACIONAL O EXTRANJERA	53
1. <i>APUNTES EVOLUTIVOS SOBRE EL CONCEPTO DE DIGNIDAD</i>	53
1.1. La dignidad en su decurso histórico-filosófico y constitucional	53
1.2. La dignidad de la persona en la actualidad	60
2. <i>LA DIGNIDAD Y LA DIMENSIÓN SOCIO-LABORAL DE LA PERSONA EN LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES</i>	63
2.1. EN LOS INSTRUMENTOS UNIVERSALES	63
2.1.1. El carácter vanguardista de la Declaración de Filadelfia de la OIT	63
2.1.2. Apuntes evolutivos en los cien años de existencia de la OIT	65
2.1.3. Otros estándares generales y específicos de Naciones Unidas	68
2.2. En los instrumentos regionales	77
2.2.1. En el Consejo de Europa, con la posición prominente de la Carta Social Europea	77
2.2.2. En la Unión Europea, con la difusa evolución entre instrumentos vinculantes y programáticos	83
2.2.3. Algunos apuntes de Derecho Internacional comparado de los derechos humanos, con referencia a América y África	86
3. <i>LA DIGNIDAD Y LA DIMENSIÓN SOCIO-LABORAL DE LA PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA A LA LUZ DE ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS</i>	92
3.1. Algunos antecedentes en el constitucionalismo comparado	92
3.2. La recepción de la dignidad en la Constitución española de 1978	97

<i>4. DIGNIDAD, TRABAJO Y EXTRANJERÍA: APUESTAS FRENTE A UNA DIGNIDAD VULNERADA POR MÚLTIPLES DISCRIMINACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL, ACENTUADAS POR LAS CRISIS RECIENTES.....</i>	101
4.1. Evitar una dignidad vulnerada en el ámbito laboral.....	101
4.2. Consolidar una evolución de la vida como presupuesto del ejercicio de los demás derechos fundamental a una vida digna de ser vivida, también en el ámbito laboral.....	106
CAPÍTULO 3. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS COMO TRABAJADORES.....	113
1. ANTECEDENTES. EL TRABAJO A TRAVÉS DE LA HISTORIA.....	113
2. <i>NORMATIVA DE DESARROLLO: LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS COMO TRABAJADORES.....</i>	123
2.1. El estatuto del extranjero trabajador en los tratados internacionales	123
2.2. El sistema universal especializado en materia laboral: los convenios de la OIT sobre los trabajadores migrantes	125
3. <i>EL ESTATUTO DEL EXTRANJERO TRABAJADOR EN LA NORMATIVA EUROPEA</i>	129
3.1. La Unión Europea	129
3.2. El Consejo de Europa.....	139
3.2.1. El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	140
3.2.2. La Carta Social Europea.....	141
3.2.3. El Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante.....	149
4. <i>EL ESTATUTO DEL EXTRANJERO TRABAJADOR EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA.....</i>	150
4.1. Análisis del artículo 35 de la Constitución Española y su caracterización como derecho social.....	150
4.2. El derecho al trabajo y su conexión con otros preceptos constitucionales.....	157
4.2.1. El derecho al trabajo y su relación con el artículo 10 CE	157
4.2.2. El derecho al trabajo y su relación con el artículo 14 CE	158
4.2.3. El derecho al trabajo y su relación con el artículo 40 CE	163
4.2.4. El derecho al trabajo y su relación con el artículo 28 CE	166
4.2.5. El derecho al trabajo y su relación con el artículo 37 CE	167
4.3. El Estatuto de los Trabajadores.....	169
4.3.1. Los derechos laborales de los extranjeros trabajadores inmigrantes en el Estatuto de los Trabajadores.....	169
4.3.2. Análisis de los derechos laborales de los extranjeros desde la perspectiva de la dignidad	174

4.4. La normativa autonómica: competencia estatal <i>versus</i> competencia autonómica	186
4.4.1. Las competencias en las Comunidades Autónomas	189
4.4.2. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana	194
4.5. La Ley de Extranjería	196
4.5.1. Marco General	197
4.5.2. El permiso de trabajo para los extranjeros extracomunitarios: un trámite administrativo para entrar al mercado laboral	209
4.5.3. Los contingentes para extranjeros: otra forma de contratación colectiva en origen	215
4.5.4. El derecho al trabajo de los inmigrantes indocumentados	221
4.5.5. Despido del trabajador extranjero en situación irregular	231
CAPÍTULO 4. EFECTIVIDAD DE LA DIGNIDAD EN EL DERECHO AL TRABAJO	237
1. <i>GARANTÍAS JUDICIALES EN EL DERECHO AL TRABAJO</i>	237
2. <i>LA DIGNIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRABAJO: LAS CONDICIONES LABORALES DECENTES</i>	248
3. <i>NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE DIGNIDAD LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EUROPEA</i>	252
4. <i>LA DIGNIDAD LABORAL DEL TRABAJADOR INMIGRANTE EN CONEXIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES</i>	257
4.1. La igualdad de trato de los trabajadores en el mismo lugar de trabajo y el principio de no discriminación	257
4.2. Libre elección de oficio: la trata de seres humanos con fines de explotación laboral	270
5. <i>LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR INMIGRANTE EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES</i>	287
5.1. Negociación colectiva y acción colectiva, con arreglo a las prácticas de los Estados miembros	287
5.2. Permisos de trabajo	292
5.2.1. Supuestos fraudulentos de explotación y trata en perjuicio de la persona trabajadora extranjera	292
5.2.2. Supuestos relativos al ejercicio de la prostitución	311
5.3. Otros aspectos de la dignidad humana relacionados indirecta o directamente con el ámbito laboral	321
5.3.1. Breve referencia a la afectación indirecta a la dignidad en el ámbito laboral a través de derechos y libertades cívico-políticos	321

5.3.2. Otros aspectos relacionados con la estricta afectación directa a la dignidad en el mundo laboral	325
A. Sindicación y huelga.....	325
B. Salud, seguridad e integridad (también moral) en el trabajo	327
C. La protección contra el despido	337
5.3.3. La protección social de los trabajadores migrantes y las personas a su cargo.....	346
A. Prestaciones por desempleo.....	346
B. Pensiones de viudedad con elemento de extranjería.....	351
C. Prestaciones de maternidad.....	354
5.3.4. Otros aspectos de protección social atinentes a movilidad territorial en el seno de la UE (personas extranjeras comunitarias).....	356
CONCLUSIONES	371
BIBLIOGRAFÍA	391
ANEXO JURISPRUDENCIAL	419

ABREVIATURAS

CA-CCAA	Comunidad Autónoma-Comunidades Autónomas
CCDS	Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores
CdE	Consejo de Europa
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española de 1978
CECA	Comunidad Europea del Carbón y el Acero.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CEE	Comunidad Económica Europea
CES	Consejo Económico y Social
CSE	Carta Social Europea
CTMF	Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EA-EEAA	Estatuto de Autonomía-Estatutos de Autonomía
EACV	Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana
ELSJ	Espacio Común de Libertad, Seguridad y Justicia
ET	Estatuto de los Trabajadores
EUROSUR	Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras
INE	Instituto Nacional de Estadística
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LO 2/2009	Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LO 14/2003	Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

LO 4/2000	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LO 7/1985	Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España
LO 8/2000	Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España
LOI	Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OUA	Organización para la Unidad Africana
PECI	Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010
PEIA	Pacto Europeo de Inmigración y Asilo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966
RD 557/2011	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
T/TICM	Teletrabajo o trabajo mediante tecnologías móviles
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIE	Tarjeta de Identidad de Extranjero
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad está escrita desde sus inicios de la mano de historias de migraciones. La movilidad de personas es una realidad, ya no un fenómeno que se podría considerar extraordinario y sorprendente, que seguirá presente mientras perduren las diferencias entre las formas de vida de una parte de la población –la menos favorecida– y la población que habita en zonas del planeta, por decir algo, más prósperas.

En las épocas de crisis los movimientos migratorios se han seguido produciendo por parte de los migrantes económicos con el objetivo de buscar un progreso en su situación social y económica, pero que además tiene una motivación básica que es mejorar su vida para vivirla con dignidad.

El distinto reparto de la riqueza que crea abismales diferencias entre las regiones del planeta, además de la presencia de inestabilidad política y guerras, es lo que causa ese movimiento humano de una parte de la población mundial pauperizada hacia zonas del planeta donde las condiciones de vida se intuyen mejores. Seres humanos que, convertidos en migrantes económicos, son considerados mano de obra en Europa.

Y es Europa quien ya en 2013 se dio cuenta de que el rol de la inmigración laboral era más necesario que nunca, en vista de la disminución de la población europea en edad de trabajar para los siguientes diez años, si no quería verse abocada a una amplia carencia de mano de obra que se traduciría en puestos de trabajo sin cubrir. En ese momento, el Parlamento Europeo puso atención en brindar un marco jurídico común para los inmigrantes económicos, con derechos garantizados y con políticas integradoras que redundasen en la mejora de sus vidas, como veremos a través de este estudio.

Y dentro de Europa, España juega un papel importante como país receptor de migración proveniente de países terceros, especialmente de habla hispana, pero que incluye también migrantes provenientes de África, en su mayoría del Magreb, por la cercanía de los continentes, considerándose nuestro país como la primera puerta de entrada de estos ciudadanos al continente.

Todos estos movimientos de personas –a los que se considera migrantes económicos, puesto que el motivo de su proyecto migratorio es la búsqueda de una mejoría económica en sus vidas, también de sus familias– tienen el objetivo de buscar la inclusión en la sociedad que los recibe, y la mejor forma es a través del trabajo, de un empleo que genere ingresos en su economía y que les sitúe en igualdad con los nacionales del país en el que han decidido realizar su vida.

La decisión de involucrarme en el estudio doctoral que presento ha sido, por delante de cualquier otra razón, porque me toca de lleno dada mi experiencia personal como migrante procedente de un país tercero y, en segundo lugar, porque he creído necesario investigar más a fondo la realidad que vive la persona extranjera que procede de un país extracomunitario y la forma en que accede a un puesto de trabajo y su inclusión en el ámbito laboral, siempre en condiciones que respeten la dignidad como trabajador.

Son muchas las preguntas surgidas que buscan respuesta y que espero contestar en esta tesis doctoral titulada: “Inmigración laboral y dignidad”. Cuestiones como: ¿Puede limitarse el derecho al trabajo para los extranjeros?, ¿Es lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio del derecho al trabajo de los extranjeros, en función de la nacionalidad o de una situación administrativa regular?, ¿Es factible la introducción de tratamientos desiguales a los trabajadores extranjeros en lo que se refiere al contenido del derecho al trabajo?, ¿De qué modo incide la inmigración en la actual situación del mercado de trabajo, tanto a nivel mundial, en general, como en España, en particular?, ¿Qué se entiende por trabajador extranjero ya que la definición no es unívoca en los textos normativos? ¿Se puede abordar el tratamiento que recibe la inmigración exclusivamente con las normas de extranjería?, ¿Puede el legislador establecer diferencias, atendiendo al principio de igualdad, entre trabajadores autóctonos y extracomunitarios?, ¿Tiene en cuenta la política de inmigración en los diversos niveles, al trabajador extranjero en situación administrativa irregular?, ¿Es necesaria una nueva regulación legal de la inmigración en España?, ¿Podemos considerar la integración social de los extranjeros a través del trabajo como eje principal de la política migratoria?, ¿Qué impacto han tenido las crisis económicas que ha atravesado nuestro país en la situación laboral del colectivo de migrantes?, ¿Cuáles son los motivos por los que las personas migrantes padecen las más graves situaciones laborales y/o se mantienen en ellas?, ¿Se han producido avances en el reconocimiento normativo de derechos fundamentales a los migrantes trabajadores?, ¿La jurisprudencia europea o

nacional ha impulsado esos avances?, ¿Qué garantías judiciales se ofrecen para la denuncia de condiciones no respetuosas con el marco legislativo en España?, ¿Se puede hablar, todavía hoy, de esclavitud y trabajos forzados en atención a las condiciones laborales de algunos migrantes trabajadores?.

El objetivo de esta tesis es analizar la situación jurídico-laboral de los inmigrantes desde la perspectiva de la dignidad puesto que entendemos que el derecho al trabajo es un derecho inherente a la dignidad de la persona; una exigencia de la libertad humana que garantiza el libre desarrollo de la personalidad del individuo, facilita los medios de vida a la persona y, en su caso, a sus familias y sirve para la inserción del individuo en la sociedad en la que pretende integrarse. Así, se estudia el reconocimiento de la dignidad en la normativa de extranjería y en la normativa laboral con la finalidad de explicar los mecanismos que pretenden garantizarla e investigar si este reconocimiento presenta alguna diferencia entre trabajadores en función de su nacionalidad, raza u origen. La protección jurídica de los trabajadores extranjeros en situación irregular ocupa un lugar destacado a lo largo de nuestra investigación por cuanto es una cuestión que ha sufrido una marcada evolución en los ordenamientos jurídicos, así como en la jurisprudencia europea y nacional.

La investigación se ha estructurado en cuatro capítulos. En el **capítulo 1** hago referencia a las consideraciones preliminares sobre los movimientos migratorios en Europa y España, ya que resulta de interés presentar una panorámica sobre las políticas migratorias, tanto europea como española, a fin de tener bien definida la situación en que llegan, viven y se integran en la sociedad los llamados inmigrantes económicos procedentes de países terceros -los extracomunitarios-, aquellos que dejan sus países de origen con el fin de mejorar su situación, a través de un puesto de trabajo que le permita realizar su proyecto vital.

En sus inicios, la política de inmigración de la Unión Europea (en adelante, UE) tuvo como objetivo ser una política completa, con visión de futuro y con una sólida base en la solidaridad, a la vez que abordaba tanto la migración legal como irregular. Los inicios de las políticas migratorias europeas se sentaron con las conclusiones adoptadas en el Consejo de Europa de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, durante el que se tuvo en cuenta el cambio cualitativo y cuantitativo de los flujos migratorios, uno de los factores estructurales de las sociedades actuales, que determina el fenómeno migratorio como un asunto de compleja integridad, no sólo de ámbito

económico-laboral, y que requiere la puesta en marcha de los medios que hagan posible su gestión desde una perspectiva comunitaria.

En este capítulo presento los diversos tratados, acuerdos, convenios y pactos, desde el Acuerdo de Schengen, pasando por Maastricht, Ámsterdam hasta llegar al Pacto Europeo de Inmigración y Asilo (en adelante, PEIA) de 2008, con el que las políticas de inmigración de la UE han tenido como característica la asimetría entre los diversos modelos de integración, la mayor de las veces opuestos, como la segregación, la asimilación o la bidireccionalidad, aunque con una tendencia hacia la integración como un proceso bidireccional que busca la incorporación y participación de los inmigrantes en la vida económica política, social y cultural del país de acogida, obedeciendo los derechos fundamentales, tendencia que se paralizó con la llegada de la crisis de 2015.

Durante la redacción de este estudio, siempre he tenido presente que Europa es un continente de inmigración y lo hago porque tengo en mi mente la contundente frase que dijo Martin Schulz en 2013, siendo aún presidente del Parlamento Europeo, cuando ocurrió la tragedia de Lampedusa¹ y nos advirtió que Europa debería prepararse para ello, dotándose de un sistema legal para afrontar la realidad de un fenómeno migratorio imparable.

El transcurso del tiempo ha demostrado que no se ha llegado a construir una política europea compartida sobre inmigración centrándose en dar una respuesta energética a los flujos migratorios irregulares, con reforzamiento de las fronteras exteriores de los Estados miembros, pero sin profundizar en nuevas medidas que atiendan las necesidades de integración de los migrantes legales.

Respecto a las políticas migratorias españolas podríamos decir que, desde el último cuarto del siglo XX, han dado un cambio notable, puesto que se modifica la perspectiva del sujeto al que se refieren: ya no se hacen para los españoles que emigraron a otros países del norte de Europa sino para los inmigrantes económicos que entran en España en busca de una vida mejor, con mayor bienestar. La política migratoria española está ligada al desarrollo de la normativa en materia de extranjería. Pero el texto constitucional dedica un único precepto para sentar las bases de aquella regulación. Así, el artículo 13.1 CE contempla que: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades

¹ ACNUR, “Infortunio en el Mar Mediterráneo, centenares de personas mueren en un barco que se incendió mientras intentaba llegar a costas italianas en octubre de 2013”, *Notas de prensa*, 3 de octubre de 2013.

públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”. De aquí se deriva que los derechos de las personas extranjeras son de configuración legal y pueden establecerse condicionantes al ejercicio de los mismos con el límite del obligatorio respeto de los principios constitucionales. Lo cual implica que es legítimo un tratamiento diferenciado atendiendo a la condición de nacional o a una situación administrativa.

En desarrollo del mencionado precepto constitucional, la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, derogó la anterior LO 7/1985 y, bajo la inspiración de la política de integración inaugurada en Tampere, intentó dotar a los extranjeros residentes de un conjunto de derechos y deberes comparable al de los ciudadanos de la UE y trató de eliminar la discriminación económica, social y cultural. La del 2000 ordena a las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus competencias, la integración social de los inmigrantes mediante políticas públicas transversales dirigidas a toda la ciudadanía, podría decirse como un principio inspirador.

Debemos señalar que la Constitución otorga al Estado la competencia exclusiva en materias de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería, derecho de asilo (artículo 149.1.2 CE) compartiendo el Estado y las Comunidades Autónomas una competencia en la elaboración y ejecución de medidas que permitiría, progresivamente, incorporar instrumentos específicos, aunque lógicamente, manteniendo el Estado central la competencia normativa general sobre control de los flujos migratorios.

Creo muy importante destacar que el estatuto del extranjero en España se establece en la Constitución, en los Tratados internacionales, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en Leyes Orgánicas. La vinculación al principio de dignidad de la persona que tienen los derechos es lo que ha permitido definir un núcleo intangible de derechos que son inherentes a la persona y de los que los extranjeros no pueden ser desposeídos.

Como afirma la doctrina, cualquiera que sea la opción por la que se opte ante el fenómeno de la inmigración esta habrá de “respetar las disposiciones constitucionales y, en especial, los efectos que derivan de la consideración constitucional de la dignidad de

la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, como fundamento del orden político y de la paz social”².

Y es la dignidad y el derecho al trabajo el objeto central del **capítulo 2**: la dignidad y su carácter inherente al derecho al trabajo, sea ejercido por persona nacional o extranjera. Empezando por unos apuntes evolutivos de su concepto, seguida de una reseña de la dignidad y la dimensión socio-laboral de la persona en la normativa internacional, regional y nacional. En efecto, la dimensión social de la dignidad fue la primera en reconocerse en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo la Declaración de la OIT de Filadelfia de 1944 el primer estándar internacional de derechos humanos en mencionarla, justamente asociada a los derechos laborales.

Por tanto, veremos que esa dimensión social de la dignidad, como atributo inherente a la persona, debe favorecer la protección de la persona trabajadora extranjera. Desde esta perspectiva, intentaremos poner de manifiesto que la dimensión social de la dignidad tiene tanto una vertiente colectiva, que debe favorecer la inclusión y la no discriminación de las personas extranjeras en el mundo laboral (y que debe ser salvaguardada por la acción de los poderes legislativo y judicial), como una vertiente individual (que debe ser tutelada por la acción del poder judicial, incluso a través de la doctrina de la *Drittwirkung* o protección y eficacia horizontal en las relaciones entre particulares, esto es, en el marco de la relación laboral entre el empleador y el empleado).

Los poderes públicos nacionales deberán actuar atendiendo a los estándares internacionales, tanto por mandato aplicativo (artículos 93 a 96 CE) de los tratados y acuerdos ya asumidos por España, como por el mandato interpretativo (artículo 10.2 CE).

Ya en el **capítulo 3**, titulado “Los derechos de los extranjeros no comunitarios como trabajadores”, comenzamos con el relato sucinto de los antecedentes del trabajo a través de la historia hasta la actualidad. Nos parece importante mostrar a qué punto hemos llegado en lo que respecta al trabajo de los extranjeros, tal que la propia Organización Internacional del Trabajo enfatiza el déficit de trabajo decente que sufren

² FREIXES, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 103-141.

los trabajadores migrantes, incluyendo “vulneraciones de los principios y derechos fundamentales en el trabajo y otras infracciones, cuando buscan empleo en el extranjero y durante su estancia en el país de empleo”³, violaciones que son descritas como «costos de la migración laboral» y los padecen en mayor grado los trabajadores menos calificados porque son un recurso más abundante que los altamente calificados.

Este capítulo se centra en el análisis de la normativa jurídica que se refiera al extranjero como trabajador, con un repaso de los tratados internacionales, con especial atención a la producción normativa de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), y de la legislación comunitaria. Después se trata el estatuto jurídico-laboral del extranjero en España para lo que se realiza un análisis del artículo 35 CE, precepto central en esta investigación, y los artículos constitucionales relacionados con el derecho al trabajo y todos los derechos laborales, colectivos e individuales, que consagra el Estatuto de los Trabajadores. A continuación, se comenta –brevemente por haber sido objeto de estudio en otro capítulo– el contenido de la Ley de Extranjería que se refiere al inmigrante como trabajador.

Llegados al **capítulo 4**, sobre “La efectividad de la dignidad en la jurisprudencia sobre el derecho al trabajo”, inicio con una exposición sobre los mecanismos judiciales y administrativos que garantizan el derecho al trabajo para, a continuación, pasar a un análisis de la jurisprudencia sobre dos derechos absolutos en el ámbito laboral porque afectan a derechos fundamentales: primero, la igualdad de trato de los trabajadores en el mismo lugar de trabajo y, segundo, la libre elección de oficio en el que abordaré las situaciones más extremas de vulneración de la dignidad de la persona trabajadora al analizar la jurisprudencia europea y nacional sobre trata de seres humanos y tráfico con fines de explotación social. En segundo lugar, analizo la jurisprudencia que se pronuncia sobre situaciones donde se vulnera la dignidad en los derechos sociales de los trabajadores que se encuentran, por ejemplo, en temas de convenios colectivos, con arreglo a las prácticas de los Estados miembros, los permisos de trabajo, la salud y seguridad en el trabajo, la protección social o el tiempo de descanso y despido.

Con esta investigación he intentado contestar a las preguntas e incertidumbres mencionadas al inicio, que espero contribuyan a una mejora, modesta pero al fin mejora, del conocimiento sobre la realidad de la situación laboral de los extranjeros en España,

³ OIT, *Migración laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza*, Ginebra, 2017.

la inclusión a través del trabajo y la dignidad en el espacio laboral que, finalmente, es la dignidad que tenemos todas las personas por el solo hecho de ser personas.

Como en toda tesis doctoral, no se trata solo del trabajo de la doctoranda. Detrás está el apoyo y el trabajo de las directoras, Cristina Pauner y Beatriz Tomás, que siempre han estado a mi lado, incluso en los momentos en que más desbordada me he encontrado por la dificultad que significa realizar un trabajo doctoral con más de cinco décadas de vida, siendo hija, madre y abuela cuidadora de Irene, Valeria y Victoria, respectivamente, y ejerciendo un trabajo como responsable pública, que exige muchas horas del día y de la noche, pero siempre con la ilusión que te hace saber que este será un granito de arena, mi contribución a la comunidad universitaria y académica y también a la sociedad en general, a la que le interesa el campo de estudio de los derechos fundamentales y de la dignidad de las personas migrantes.

Castellón de la Plana, 18 de diciembre de 2020

CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS EN EUROPA Y ESPAÑA

1. OLAS MIGRATORIAS O MOVILIDAD HUMANA HACIA EUROPA EN EL SIGLO XXI

En estos tiempos de crisis globalizada donde, a pesar de la falta de perspectivas de futuro en otros países, los movimientos migratorios siguen recorriendo toda Europa en búsqueda de algo que todo ser humano por ser tal anhela, bienestar, trabajo y vida digna, debemos detenernos a reflexionar acerca de la realidad que ello significa.

La persistencia de diferencias de riqueza y de desarrollo en las diferentes regiones del mundo provoca la existencia de las migraciones internacionales porque la naturaleza del ser humano es la búsqueda de bienestar y ese bienestar lo encuentra en el lugar donde tiene un trabajo que le permita vivir de forma digna. Las migraciones son una oportunidad porque se materializan en una suerte de agente de intercambio, tanto humano como económico y a su vez facilitan que las personas logren sus aspiraciones⁴.

En 2013 cuando el mundo entero estaba sumido en una crisis económica global iniciada un lustro antes, el Parlamento Europeo ya tomó en consideración el papel que jugaría la inmigración y afirmó que es necesaria para la economía, tal y como destaca en su Resolución, de 14 de marzo de 2013, en cuyos Considerandos explica además que, desde el año 2012, la población europea en edad laboral está disminuyendo y que, sin inmigración, en los siguientes diez años se reducirá en 14 millones de personas y que a pesar de las tasas de desempleo, numerosos trabajos cualificados quedarán sin cubrirse⁵ a la vez que subraya que la inmigración –tanto legal como ilegal– necesita un marco jurídico común en cuanto a política inmigratoria integradora a fin de proteger a los inmigrantes proporcionándoles formación, información y garantizando sus derechos, tal como veremos más adelante.

⁴ En la misma línea que completa información sobre movimientos migratorios cito: VALDUEZA BLANCO, María Dolores, *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 20-22; *Migración, Dignidad Humana y Soberanía Estatal, Memoria Grupal*, Amalia Fana, M. (dir.), lustre colegio de Abogados de Madrid, Universidad Rey Juan Carlos Universidad Francisco de Vitoria, 2010, pp. 34-37, PEDREÑO CÁNOVAS, Andrés: “De inmigración, fronteras y naufragios”, en *Mediterránea Migrant, I Jornades Medimigra*, Piqueras, A. (coord.), Universitat Jaume I, Castellón, 2007, pp. 39-80.

⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, sobre la integración de los inmigrantes, el impacto sobre el mercado de trabajo y la dimensión externa de la coordinación de los sistemas de seguridad social en la UE 2012/2131(INI) (2016/C 036/15).

Esta movilidad humana que, a fines del siglo pasado y a comienzos del presente, se vio incrementada por las personas provenientes de distintas partes del mundo, en especial los llamados países de la periferia, pone otra vez de manifiesto la verdad que en su momento pronunció Max Frisch⁶: “Buscábamos mano de obra y nos llegaron personas”. Flujo de personas que desean entrar, circular, trabajar, a fin de cuentas, que desean instalarse y vivir en Europa.

Estos deseos de integración en las sociedades de llegada son abordados por diversas teorías⁷ que tratan sobre el derecho de fuga, el derecho a pertenecer y el derecho a migrar, entre las que se encuentra una muy interesante de Fonet-Betancourt que considera “posible imaginar ciudadanía verdaderamente inclusivas, que no distingan entre ciudadanos y extranjeros ni menoscaben derechos basados en dicha condición”⁸. Trasladando esta reflexión a terminología jurídica, la ciudadanía inclusiva implica que las personas inmigrantes deben contar con un marco normativo integrador laboral y social que requiere un compromiso mutuo y bidireccional: por una parte, de los nacionales de terceros países mediante el aprendizaje de la lengua, cultura y costumbres y el conocimiento y respeto de sistemas jurídico, político y social y, por otra, de la sociedad de acogida garantizando el acceso al mercado laboral y a las instituciones, así como a derechos tales como educación, vivienda, participación democrática o asistencia sanitaria.

Esta conclusión es el punto de llegada –por el momento– de un movimiento migratorio que también se ha dado en España donde pasó de ser un fenómeno que se inició en la década de los 70, con la llegada de los primeros inmigrantes provenientes en su mayoría del Guinea Ecuatorial, antigua colonia española, y de personas magrebíes que por su cercanía llegaban a tierra española, a ser una realidad creciente y de gran

⁶ Max Frisch, novelista, suizo que pronunció esta famosa frase refiriéndose a los inmigrantes españoles, italianos y portugueses llegados a Suiza durante los años 50 al 70 del pasado siglo, lo cual muestra la realidad de las migraciones por razones principalmente económicas y luego políticas.

⁷ Resulta inabarcable una cita sobre las teorías de las migraciones cuyas primeras elaboraciones clásicas se remontan a finales del s. XIX en la obra de E. G. Ravenstein (“The laws of migration”, *Journal of the Statistical Society*, LII, II, 1889, pp. 241-301 citado en ARANGO, Joaquín, “Las leyes de las migraciones” de E. G. Ravenstein, cien años después”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 32, 1985, pp. 7-26) y muy influidas por las teorías económicas. A partir de estas teorías económicas pueden verse los trabajos que analizan el estado de la cuestión del fenómeno migratorio y contienen una revisión de estas teorías como los de D. S. MASSEY et. al., “Theories of International Migration: A review and appraisal”, *Population and Development Review*, núm. 19, vol. 3, 1993, pp. 431-466; MALGESINI, Graciela (ed.), *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Icaria, Barcelona, 1998.

⁸ AGUERRE, Lucía Alicia, *El fenómeno migratorio y su relación con la crisis de la noción moderna de ciudadanía: análisis de tres propuestas*, Buenos Aires, 2016, Libro digital, EPUB, p. 107.

importancia demográfica, social y económica en el siglo XXI. Así, según el último informe del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), la población extranjera supone un 11.4% de la población española en 2020⁹.

A los efectos de nuestra investigación, dos son los elementos que deseamos destacar en este capítulo. En primer lugar, la discriminación de la que son objeto los ciudadanos de terceros países y otros ciudadanos de la UE a pesar de que la legislación europea y nacional obliga a los empleadores a conceder un igual trato a todos los trabajadores y la prohibición de discriminación por razones de religión, sexo, origen étnico o nacionalidad. La no discriminación y la igualdad de oportunidades son el elemento clave en el proceso de integración de estos colectivos y el respeto de los derechos laborales y económicos consagrados en la normativa y en los convenios colectivos son una exigencia de justicia social.

En segundo lugar, destacamos que cerca de la mitad de los inmigrantes en la UE son mujeres, porcentaje que coincide con la inmigración femenina en España. Precisamente, la llegada de migrantes latinoamericanos a España fue en un inicio de hombres solos que luego fueron reemplazados por mujeres solas que emprendían su proyecto migratorio en solitario, como jefas de familia, produciéndose de este modo la “feminización de la inmigración”, contextualizada en una dinámica global de transferencia de cargas reproductivas de los países más desarrollados hacia los menos desarrollados, cuando se incorporan de modo masivo las mujeres del “primer mundo” al trabajo productivo y surge así la necesidad de cubrir las tareas domésticas y de cuidados, que son satisfechas por las mujeres del “tercer mundo”¹⁰. Añadido a esto, es notoria la forma de acceso al empleo de las mujeres extranjeras, que difiere a la de los hombres, ya que “los diferentes contextos laborales en los que se mueven las mujeres y los hombres hacen conveniente analizar el acceso a la ocupación de forma independiente para estos dos colectivos”¹¹. Por eso, es necesario que se enfatizen las medidas que eviten la discriminación laboral y se elaboren políticas con perspectiva de género que protejan los derechos de las mujeres migrantes.

⁹ Para mayor detalle, consultar la estadística de migraciones del Instituto Nacional de Estadística-INE en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177000&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

¹⁰ SALLÉ ALONSO, M. Ángeles, MOLPECERES ÁLVAREZ, Laura y ONGIL LÓPEZ, Marta, *Análisis de la situación laboral de las mujeres inmigrantes. Modalidades de inserción, sectores de ocupación e iniciativas empresariales*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2009, pp. 17-19.

¹¹ MUÑOZ COMET Jacobo, *La inserción de los inmigrantes en el mercado de trabajo español. Efectos del cambio del ciclo económico*, Universidad Complutense, Madrid, 2014. p.79.

2. POLÍTICAS MIGRATORIAS EUROPEA Y ESPAÑOLA

2.1. Política migratoria europea

De acuerdo con el último informe de la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante, OIM) de 2020, actualmente existen 272 millones de personas¹² migrantes internacionales, esto significa que cerca del 3.5% del total de la población mundial, son personas que, por algún motivo principalmente el económico, han dejado su país de origen para instalarse en otro.

Por norma general, la política migratoria tiene dos dimensiones: por una parte, está la vertiente de la política de emigración y por la otra la política de inmigración, siendo esta última la que nos interesa para este estudio.

Numerosas teorías han realizado una explicación del origen de las migraciones, describiéndolas como flujos de personas que dejan su país de origen para instalarse en otro, motivadas por una pluralidad de factores como pueden ser factores políticos, demográficos, sociológicos, económicos, entre otros¹³.

Centrándonos en los factores económicos que motivan la inmigración son, específicamente dos, primero, la demanda de mano de obra por parte de los países de destino de dichas olas migratorias; y, segundo, la decisión individual que tiene la persona que inicia un proyecto migratorio, con el objetivo de mejorar el bienestar propio y de su familia.

Efectivamente, la inmigración que se presenta en Europa es, en su mayoría, de tipo económico en busca de un empleo asalariado y el mercado laboral constituye un elemento central en la mayoría de estos procesos, por lo cual el tratamiento político-jurídico de las migraciones, según algunos autores¹⁴, brega entre el control migratorio y la protección de los mercados de trabajo nacionales, donde se ha de proteger al trabajador autóctono.

¹² Datos extraídos de la página web de la OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, disponible en: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020>.

¹³ CARRASCO CARPIO, Concepción, *Mercados de trabajo: Los inmigrantes económicos*, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2019, p. 11.

¹⁴ Véanse, por todos, los resúmenes en DOERINGER, Peter y PIORE, Michael, *Mercados internos de trabajo y análisis laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995; OSTERMAN, Paul, *Mercados internos de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1998 y NOYA MIRANDA, Javier, “Inmigración, mercado de trabajo y Estado de Bienestar. Debate científico-político y comparación internacional”, en IZQUIERDO, A. (dir.), *Inmigración: Mercado de Trabajo y Protección Social en España*, CES, Madrid, 2003.

El fenómeno migratorio, hoy ya una realidad, se encontraba en la década pasada en el centro de la acción política y jurídica de muchos países europeos, principalmente España por ser territorialmente una puerta de entrada de la inmigración extracomunitaria. Era por tanto necesario abordarla y para ello hacía falta crear una infraestructura institucional y jurídica, a nivel internacional y a su vez dentro de cada Estado europeo, que tal vez podamos decir que ha fracasado. Además, se observa que la polarización del discurso público sobre la migración ha ido en aumento. Este discurso viene ocupando cada vez mayor espacio a la vez que disminuye el dedicado a análisis equilibrados, rigurosos y basados en datos contrastados a lo largo del tiempo. El debate sobre la migración es más tóxico y la desinformación como arma de poder ha tenido un impacto negativo en la discusión pública, política y comunicativa¹⁵ sobre asuntos migratorios y constituye “un caldo de cultivo favorable a la manipulación y a la propagación de ideas xenófobas a la que se asisten en estos momentos en diversos países del mundo”, como denuncia el Consejo Económico y Social (en adelante, CES) en su último informe sobre inmigración en España¹⁶.

La política de inmigración de la UE tiene como objetivo ser una política completa, con visión de futuro y con una sólida base en la solidaridad, a la vez que aborda tanto la migración legal como irregular. Los inicios de las políticas migratorias europeas se sentaron con las conclusiones adoptadas en el Consejo Europeo de Tampere, que tuvo lugar los días 15 y 16 de octubre de 1999, durante el que se tuvo en cuenta el cambio cualitativo y cuantitativo de los flujos migratorios, uno de los factores estructurales de las sociedades actuales, que determina el fenómeno migratorio como un asunto de compleja integridad, no sólo de ámbito económico-laboral, y que requiere la puesta en marcha de los medios que hagan posible su gestión desde una perspectiva comunitaria¹⁷.

Los hitos de Tampere en la construcción de una UE de libertad, seguridad y justicia son expuestos meridianamente en las conclusiones de la Presidencia que reconoce que la libertad que la UE ha puesto a disposición de sus ciudadanos no debería considerarse

¹⁵ Por todos, véanse IGARTUA PEROSANZ, Juan José y MUÑIZ, Carlos (coords.), *Medios de comunicación, inmigración y sociedad*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007 y CASERO RIPOLLÉS, Andreu, “Informando del “otro”: estrategias del discurso periodístico en la construcción de la imagen de los inmigrantes”, *Sphera publica: revista de ciencias sociales y de la comunicación*, núm. 4, 2004, pp. 221-236.

¹⁶ Consejo Económico y Social, *Informe 02/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, CES-Departamento de Publicaciones, julio de 2019.

¹⁷ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “¿Una política común de inmigración en las Unión Europea? Evolución, retos y realidades”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 29, 2015, p. 194.

un dominio exclusivo de los mismos por ser contrario a las tradiciones europeas “negar esta libertad a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio”¹⁸. Por esta razón, la UE ha de desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración, luchar contra la inmigración ilegal y contra quienes la organizan, lograr una Unión comprometida con las obligaciones que emanan de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁹ y otros instrumentos pertinentes en materia de derechos humanos, capaces de garantizar la integración en nuestras sociedades a los nacionales de terceros países que residen legalmente en la UE.

Con anterioridad, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea²⁰ (en adelante, TCE) ya tenía entre sus objetivos la libre circulación de personas, que se concebía bajo una perspectiva económica y se refería solo a los trabajadores, ciudadanos de los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea. No se había previsto en ningún momento situaciones referidas a la inmigración o a la política de visados.

Hasta el Acuerdo de Schengen de 1985 y el Convenio de Dublín de 1990,²¹ la política migratoria europea era considerada como un asunto interno de cada Estado, a pesar de que la inmigración, ya en esos momentos, era un componente susceptible de alterar el mercado de trabajo.

Los Tratados de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, y Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, constituyeron un paso importante en el avance de las políticas comunitarias. Maastricht, relacionada con la libre circulación de personas, incorporó la política de inmigración, especialmente referida a las condiciones de entrada, circulación y estancia

¹⁸ Así, en el punto 11 de las *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere* se afirma que la Unión Europea “(...) necesita un enfoque global de la migración que trate los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y tránsito. Para ello es necesario luchar contra la pobreza, mejorar las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, prevenir los conflictos, consolidar los estados democráticos y garantizar el respeto de los derechos humanos, en particular los derechos de las minorías, de las mujeres y de los niños (...)”.

¹⁹ *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, Adoptada en Ginebra, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

²⁰ De fecha 25 de marzo de 1957 y que expiró el 1 de diciembre de 2009.

²¹ El Convenio fue reemplazado por el Reglamento Dublín II [Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país] derogado, a su vez, por Dublín III [Reglamento (UE) núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida].

de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros; así como la erradicación de la inmigración, estancia y trabajo irregular de inmigrantes. Hay que agregar que con Maastricht los fenómenos migratorios eran considerados como problemas de seguridad nacional y de política exterior, existiendo el concepto de inmigrantes como no ciudadanos y que venían solo a trabajar, con lo que el Tratado se quedaba desligado completamente de las políticas de integración social.

El Tratado de Ámsterdam comunitarizó la política de asilo e inmigración junto con la búsqueda de un Espacio común de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ), introduciendo en el Tratado de la Comunidad Europea un Título IV sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas. Incorpora el acervo Schengen y prevé la necesidad de medidas sobre políticas de inmigración relacionadas a las condiciones de entrada, residencia y reagrupación familiar, disposiciones que determinen los derechos y condiciones a través de los que los nacionales de terceros países –residentes legales–, puedan hacerlo en los Estados miembros; además de medidas destinadas a la inmigración y residencia ilegales (artículo 67.3 y 4 TCE), aunque con la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan disposiciones internas sobre la materia compatibles, siempre, con el Tratado.

Con las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, como vimos, se dio un paso importante en la política comunitaria sobre inmigración y asilo basado en los principios de 1) Colaboración con los países de origen, 2) Establecimiento de un sistema europeo común de asilo, 3) Gestión de los flujos migratorios, incluyendo la reagrupación familiar, y 4) Trato justo a los nacionales de terceros países, todos ellos pilares básicos de la política de inmigración.

Con respecto al principio de trato justo a los nacionales de terceros países es importante destacar que este se relaciona con el fomento de la erradicación de la discriminación en la vida económica, social y cultural y con el desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia²².

Visto que los avances en materia de integración y reconocimiento de derechos era lo que más tardaba en desarrollarse, en el año 2002 el Consejo solicitó a la Comisión abordar medidas que en un futuro posibilitaran la adecuada integración de los

²² GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “¿Una política común de inmigración en las Unión Europea? Evolución, retos y realidades”, *op. cit.*, p. 194.

inmigrantes. A partir de entonces surgieron diversas directivas que intentan luchar contra la discriminación, como son la Directiva 2000/43 del Consejo Europeo, de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico para la lucha contra la discriminación por razones de origen racial o étnico, aplicable en los ámbitos del empleo, la formación, la protección social, la educación y el suministro de bienes y servicios entre los que incluye la vivienda²³. Igualmente, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, entre otros, también mantiene como objetivo la equiparación en esta materia en derechos y deberes como fomento de la integración de nacionales de terceros países. Asimismo, en materia de derechos, y tras arduas deliberaciones, se aprobó la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar y la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Esta garantiza un estatuto europeo de residentes de larga duración a los nacionales de terceros países que hayan residido legalmente y de forma ininterrumpida en el territorio de un Estado miembro, durante un período mínimo de 5 años, lo que permite a estas personas, bajo ciertas condiciones, desplazarse de un Estado miembro a otro y un trato igual al de los nacionales referente al acceso al empleo por cuenta ajena y propia y las condiciones de empleo y trabajo, formación profesional, prestaciones de la seguridad social, entre otros, así como una protección reforzada contra la expulsión.

Con la aparición en escena del PEIA de 2008, las políticas de inmigración de la UE han tenido como característica la asimetría entre los diversos modelos de integración, la mayor de las veces opuestos, como la segregación, la asimilación o la bidireccionalidad; aunque a día de hoy la tendencia es la integración como un proceso bidireccional que busca la incorporación y participación de los inmigrantes en la vida económica política, social y cultural del país de acogida, obedeciendo los derechos fundamentales. Pese a ello, su puesta en práctica en cada Estado no es similar porque se trata de una cuestión

²³ La Directiva 2000/43 del Consejo Europeo, de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, se aplica tanto al empleo en el sector público como en el privado, incluyendo los organismos públicos (artículo 3), aunque no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad, lo que dependerá de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de estos sujetos.

con competencias compartidas entre la UE y cada Estado miembro.

El Pacto tiene por objeto:

- Organizar la inmigración legal de forma que tenga en cuenta las prioridades, necesidades y capacidades de recepción determinadas por los Estados miembros y fomentar la integración de los inmigrantes;
- Controlar la inmigración irregular y fomentar los retornos voluntarios a los países de origen o de tránsito de los inmigrantes;
- Mejorar los controles en las fronteras a fin de aumentar su eficacia;
- Establecer un marco europeo para el asilo; y
- Crear una colaboración global con países de fuera de la UE para favorecer las sinergias entre la migración y el desarrollo.

Los principales logros de este Pacto son la adopción del Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, SECA), el establecimiento de un sistema europeo de vigilancia de fronteras (en adelante, EUROSUR) y, en lo concerniente a la migración legal se han adoptado varios actos legales importantes como la Directiva sobre el permiso único²⁴, que permite a los nacionales de fuera de la UE residir y trabajar en toda la UE con un permiso único, y la Directiva sobre la tarjeta azul de la UE²⁵, que garantiza su movilidad. De igual manera, se han adoptado otras leyes para facilitar la entrada en la UE de estudiantes e investigadores de fuera de la UE, como también de trabajadores estacionales, directivos o especialistas de fuera de la UE, en caso de traslados dentro de la misma empresa, o de trabajadores desplazados de fuera de la UE en el marco de la Directiva relativa a la prestación de servicios.

Además, todos los países de la UE están aplicando la ley por la que se establecen sanciones contra los empresarios que utilicen trabajadores ilegales.

Por ejemplo, podemos citar como más relevantes la mencionada Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar; la Directiva 2003/109/CE

²⁴ Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

²⁵ Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, modificada por la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional, ambas mencionadas anteriormente; la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, entre otras. Junto con esta agenda legal, existe una agenda política que se ha ido construyendo paralelamente y de la que solo podemos citar sus principales hitos: los Programas Plurianuales de Tampere (1999), La Haya (2003) y Estocolmo (2009), el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (2011) y la Agenda Europea de Migración (2015).

Aunque esta sea la instantánea que nos ofrece el panorama europeo en el reconocimiento de derechos de las personas migrantes, el recorrido hacia una política común migratoria ha estado jalonado de obstáculos. Esta política de inmigración se enmarcó, al inicio, en el escenario de la libre circulación de personas, tanto de nacionales de terceros países como nacionales de Estados miembros y fue a partir del Consejo Europeo de Tampere cuando se ve necesario armonizar y aproximar las legislaciones nacionales en materia de admisión y residencia de nacionales de terceros Estados y de una gestión funcional de los flujos migratorios. Transcurridos más de 20 años desde su puesta en marcha hemos podido comprobar que se han elaborado muchos documentos para alcanzar los objetivos fijados entonces: lograr un enfoque global en la cooperación con los países de origen y tránsito, desarrollar un sistema europeo común de asilo, garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países residentes en la UE y gestionar de manera eficaz los flujos migratorios. Estos cuatro puntos forman la columna vertebral de lo que debería ser la política común de la UE; y puede afirmarse

que constituye un sólida base jurídica aunque, en lo que aquí nos interesa, nos parece fundamental la obligación de dar un trato justo a los inmigrantes, la cual se haría realidad si se cumplieran los dos principios esenciales que complementan las políticas de gestión de flujos migratorios. La primera sería la necesaria integración de los inmigrantes, y la segunda, la concesión de derechos a los inmigrantes, no sólo sociales, sino también políticos.

Está claro que los esfuerzos, al inicio, en cuanto a la integración han sido dirigidos principalmente a la cuestión protectora del mercado laboral nacional, pero en la primera década del presente siglo, se dio una clara tendencia garantista hacia el ciudadano independientemente de su nacionalidad. Pero se volvió al proteccionismo del mercado laboral ante la llegada de la crisis. La idea de pro-integración social del inmigrante definitivamente no está exenta de dificultades: “...Una integración social que solo puede partir de la premisa necesaria de una verdadera integración jurídica a través de los derechos básicos y fundamentales”²⁶.

El relato es bien conocido. La crisis financiera que se inició en Estados Unidos en el año 2007 y que llegó a Europa rápidamente, convirtiéndose luego en una crisis financiera, económica, social y global, culminando en una crisis mundial del empleo, convirtió a los trabajadores extranjeros en Europa en una población en riesgo, puesto que al ser el sector más débil y menos protegido por las leyes y las políticas migratorias, sería el primero en enfrentarse a la falta de oportunidades en el empleo, recrudescimiento de sus condiciones de vida y merma en sus condiciones laborales viéndose muchas veces acosado por el aumento de la xenofobia. Los motivos suficientes para convertir a la UE en una “Europa Fortaleza”, donde fuera impenetrable la figura del extranjero – ciudadano extracomunitario- que buscaba una mejoría en su calidad de vida, en este caso, inmigrantes económicos que tienen por objetivo instalarse en Europa para vivir y trabajar de forma permanente.

Se constató que estábamos inmersos en una situación peligrosa en la UE, ya que la Europa de los 27 se mostraba insolidaria y no lograba resolver una de las mayores crisis de refugiados o de inmigración irregular, poniéndose de manifiesto que se asiste a una

²⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis, “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 34, 2013, pp. 11-67.

metamorfosis de la Europa de los derechos de los ciudadanos que pone nuevas barreras a la libre circulación de las personas, convirtiéndose en un territorio amurallado²⁷.

En la última década la UE se ha fortificado intensificando sus políticas represivas hacia las personas migrantes, comprometiendo los derechos humanos y sus obligaciones internacionales, en un mundo que ha alcanzado ya la cifra de 79,5 millones de personas sometidas a desplazamiento forzado, casi el doble que en 2010²⁸. Podría decirse que la política migratoria europea de estos tiempos es un fracaso porque en lugar de acoger e integrar a las personas inmigrantes lo que ha hecho ha sido militarizar las fronteras y diseñar la cuestión de la movilidad humana desde la perspectiva de la *securitización*. Tal y como denuncia algún autor, “La elaboración de las políticas migratorias de la UE y de los países que forman parte de la misma se orienta decididamente hacia un enfoque selectivo y jerarquizado respecto del reconocimiento de los derechos de ciudadanía; y especialmente en la coyuntura de crisis económica se impulsan y promueven medidas más restrictivas de admisión y de expulsión y retorno incentivado de las personas inmigrantes”²⁹. La política europea en materia de inmigración se ha caracterizado más bien por ser una política utilitarista en el sentido de que considera a los migrantes como mano de obra, así como una política de exclusión de derechos enfocada a la lucha contra las personas migrantes y refugiadas.

Los tiempos actuales son difíciles para las personas inmigrantes en su mayoría vinculadas a los mercados de trabajo, puesto que la totalidad de los países europeos han endurecido sus políticas migratorias, donde predomina la lógica de la seguridad respecto de la ordenación de los flujos migratorios. Respecto a la situación de las personas inmigrantes en un contexto de globalización, que en el sentido menos amplio se traduce en un proceso de creación de un mercado mundial en forma de red y sin fronteras para comerciar dinero, materias primas, productos industriales y servicios, Fornet-Betancourt subraya la contradicción entre la globalización de la humanidad en un mundo

²⁷ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia y CARRIZO AGUADO, David, “El fenómeno migratorio en el contexto de la Unión Europea: el silencio ensordecedor que apaga el grito de los más vulnerables”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2, 2017, pp. 35-39.

²⁸ Datos extraídos del Informe de Acnur, *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2019* (Disponible en <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>).

²⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis, “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, *op. cit.*

considerado como aldea global y las legislaciones migratorias europeas, mediante las que se les niega a los sujetos migrantes derechos fundamentales³⁰.

Actualmente, no se dispone de una auténtica política común europea sobre la inmigración y los gobiernos de los países que conforman la UE dan por respuesta a la realidad migratoria, la creación y aplicación de medidas cada vez más defensivas y de carácter represivo; al mismo tiempo que restringen o anulan las medidas de integración³¹, que se habrían iniciado con el Convenio de Tampere.

De hecho, las dificultades para llegar a acuerdos en el seno de la UE continúan en este momento. Demostrada la inutilidad del sistema de Dublín, los desacuerdos entre los Estados miembros sobre su reforma se replican en el Consejo y el Parlamento Europeo. Por eso surge la necesidad de aprobarse la tercera fase del SECA, cuyas propuestas datan del año 2016 y que parece que se aprobarán a lo largo de 2021.

En marzo de 2020, la nueva Comisión Europea, con Úrsula von der Layen al frente, anunció un nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo de la UE³². Este plan ha sido paralizado por la aparición de la pandemia de la Covid-19 y ha reforzado el blindaje de las fronteras. Entendemos que, ante la crisis sanitaria, las diversas políticas europeas sobre regularización de inmigrantes necesitan una nueva perspectiva, más justa y más humana. El nuevo PEIA debe tenerse como una oportunidad para mejorar en muchos aspectos, en especial en lo referentes a vías de migración seguras y legales, una real integración, acceso al empleo, entre otros.

2.2. Política migratoria española

En el último cuarto de siglo XX las políticas migratorias españolas han dado un cambio notable puesto que se modifica la perspectiva del sujeto al que se refieren: ya no se hacen para los españoles que emigraron a otros países del norte de Europa sino para los inmigrantes económicos que entran en España en busca de una vida mejor, con mayor bienestar.

³⁰ AGUERRE, Lucía Alicia, *El fenómeno migratorio y su relación con la crisis de la noción moderna de ciudadanía: análisis de tres propuestas*, op.cit., p. 35.

³¹ MONEREO PÉREZ, José Luis, “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, op. cit.

³² Ha sido la Comisión Europea la que ha presentado esta propuesta, que sustituiría al del año 2008 con objeto de conseguir la correcta aplicación de los mecanismos de solidaridad –con carácter permanente– en beneficio de aquellos Estados miembros con fronteras exteriores más vulnerables a los retos colectivos que plantean a la UE los flujos mixtos no ordenados –principalmente, Grecia, Italia y España– Comisión Europea, COM(2020) 609 final.

España ha pasado de ser un país de emigrantes a ser uno de inmigrantes. El siglo pasado, desde los años 50 hasta bien entrados los 70, millones de españoles cruzaron las fronteras para irse a trabajar a países más ricos del norte de Europa: Suiza, Alemania, Francia, entre otros; y también a países latinoamericanos, como ejemplo México, Venezuela, Argentina y Chile entre los que más emigración española acogieron. La situación era tal que el legislador constitucional se preocupó solo de legislar estos flujos de emigrantes españoles y no de los inmigrantes porque en ese momento eran muy pocos. Esta situación, cuyo objetivo era crear las condiciones jurídicas en las que se realizaba la emigración, así como del retorno de los mismos, se ve reflejada en la actual Constitución española, donde se hace mención expresa a la figura de los emigrantes y su retorno³³. En su artículo 42 se establece que “El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno”³⁴.

En el momento de redacción de la Constitución española y mientras que en la agenda política de algunos países ya se hablaba del “problema de la inmigración”, nuestro país apenas tenía regulada la entrada y el establecimiento de personas extranjeras y las instituciones no prestaban atención al fenómeno. Por ello, las referencias constitucionales al estatuto de los inmigrantes se recogen en un artículo de contenido general que, a todas luces ha devenido insuficiente para regular el fenómeno de la inmigración. El artículo 13.1 de la Constitución establece que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”. Este artículo establece a los Tratados internacionales y a la ley como parámetros del reconocimiento de los derechos de los extranjeros. El análisis de la política migratoria española va indisolublemente ligado, por tanto, a la evolución de las leyes en materia de extranjería. Tratándose de derechos de configuración legal pueden establecerse condicionantes al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero respetando los principios constitucionales. Ello supone que el derecho puede limitarse y es lícito que las leyes y

³³ TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, *El Estatuto Jurídico Laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, p. 34.

³⁴ En cuanto a la elaboración de este precepto, en el Anteproyecto constitucional no figuraba ningún precepto referido a la emigración. Éste se incluye en el Informe de la Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Desde la primera aparición a la redacción definitiva, acordada por la Comisión Mixta Senado-Congreso, el cambio más importante afecta al “retorno”, que era referido en redacciones previas con los términos, menos acertados, de “reingreso y reinserción de los trabajadores españoles”.

los tratados modulen el ejercicio de ese derecho en función de la nacionalidad o de una situación administrativa regular de las personas introduciendo tratamientos desiguales en lo que se refiere al contenido del derecho³⁵.

En la década de 1980, debido a diversos factores, el flujo de extranjeros comenzó a aumentar: algunos, procedentes de Latinoamérica presionados por la represión política unida a la crisis económica; otros, consecuencia de la dificultad de entrar en otros países europeos que obligaban a emigrantes marroquí, senegaleses o gambianos a permanecer en nuestro país, y un tercer grupo de personas jubiladas y rentistas procedentes de países del centro y norte de Europa. En este contexto, y pese a su escasa relevancia, se aprobó la Ley de Asilo en 1984.

La incorporación de España al acuerdo de Schengen (1985) que trataba de suprimir los controles en las fronteras interiores de los países firmantes, a cambio de asegurar el control de las fronteras exteriores comunes, traslada a nuestro país la percepción de que los inmigrantes son una amenaza y un asunto de seguridad de los ciudadanos.

Precisamente en ese año y en vísperas del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea, se promulgó la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, LO 7/1985) y poco después su Reglamento, el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, que asientan las bases de una política inmigratoria centrada en el control de los flujos desde el punto de vista del orden público a pesar de que aún era muy reducido el número de extranjeros residentes, unos 25.000³⁶.

Esta norma exigía el visado obtenido en el país de origen, aunque quedaban exonerados los nacionales de terceros estados que hubieran suscrito convenios bilaterales con España. Existía, además, una segunda supervisión de documentos y condiciones de entrada en puestos fronterizos y contenía medidas de rechazo en frontera o la devolución. La LO 7/1985 fue una normativa poco ambiciosa desde la óptica de las

³⁵ MARTÍNEZ PARDO, Vicente J., “Las libertades públicas y los derechos fundamentales de los extranjeros”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 19, 2007, pp. 1-10. Véase también, AJA, Eliseo (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009 y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, “Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en las Leyes españolas”, *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, núm. 22, 2003, pp. 13-26.

³⁶ ASÚA BATARRITA, Adela y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “Derecho a tener derechos: Participación y cohesión social en el sistema constitucional español. Prestaciones sociales y ciudadanía”, *Working Paper XVIII Conferencia Trilateral de Tribunales Constitucionales*, 6-8 de octubre de 2016, Roma, p. 8. (Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2016-10-06-00-00/PonenciaEspaña2016.pdf>).

políticas migratorias que regularon el naciente fenómeno migratorio, ya que no contenía ninguna norma orientada hacia la integración social de los inmigrantes, en otras palabras, no existía política migratoria de orden estatal. Así, la Ley no garantizaba la estabilidad jurídica, el derecho de permanencia indefinida, el de reagrupación familiar ni abordaba las cuestiones relacionadas con la integración social de los inmigrantes.

La Ley fue fuertemente criticada por su tratamiento policial del fenómeno migratorio, su regulación restrictiva en materia de derechos de los extranjeros y la deficiente técnica legal que mostraba. Algunas organizaciones sociales denunciaron que se trataba de la norma más dura de Europa, por lo que fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, resuelto por el Tribunal Constitucional³⁷ anulando varios preceptos de la norma y sentó un cambio de la doctrina constitucional en materia de extranjería hacia una línea más progresista.

En síntesis, esta ley condicionaba el ejercicio de determinados derechos fundamentales a la regularidad de la situación administrativa del extranjero, por lo que el Tribunal Constitucional, que se pronunció sobre la misma a instancias del Defensor del Pueblo en la Sentencia arriba mencionada, declaró inconstitucionales, entre otros, parte del artículo 7 y el artículo 8.2 de la Ley. Sin embargo, no se cuestionó la condición de regularidad administrativa como determinante del estatuto del extranjero, es decir, como criterio definidor de su condición de titular o no de determinados derechos, sino que se limitó a analizar el alcance de las limitaciones adicionales impuestas al ejercicio del derecho por los extranjeros en situación administrativa regular³⁸. No obstante, otros autores indican que esta ley se hizo “con la pretensión de ir regulando un fenómeno ya presente de forma incipiente en aquellas fechas y que probable, si bien no certeramente, se podía pensar que iba a alcanzar unas dimensiones considerables en los años venideros”³⁹.

El Reglamento de ejecución de la ley aumentó el amplio margen de discrecionalidad administrativa contenido en la ley al consagrar un régimen de infracciones y sanciones sin gradaciones. En lo que a regulación de derechos se refiere, el Reglamento prohibía la discriminación laboral, pero negaba el acceso a programas de

³⁷ STC 115/1987, de 7 de julio,

³⁸ ASÚA BATARRITA, Adela y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “Derecho a tener derechos: Participación y cohesión social en el sistema constitucional español. Prestaciones sociales y ciudadanía”, *op. cit.*, p. 3.

³⁹ TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, *El Estatuto Jurídico Laboral del trabajador extranjero inmigrante*, *op. cit.*, p. 34.

fomento del empleo en caso de que el puesto lo desempeñen trabajadores con permisos iniciales. Esta rigurosa regulación dificultó a colectivos de inmigrantes el acceso a una autorización de residencia por no contar con un contrato laboral en regla lo que, automáticamente, produjo un aumento de la inmigración irregular que quedó abocada a una situación de inseguridad y pobreza. Solanes Corella⁴⁰ apunta que, a pesar de las numerosas reformas legislativas operadas en la regulación de los derechos de los extranjeros, el modelo instaurado por la LO 7/1985, basado en el control de los flujos migratorios de entrada y su relación con las necesidades del mercado laboral, se ha mantenido como elementos vertebradores actualmente.

Así, en España la política migratoria se centra exclusivamente en dos cuestiones: por un lado, las políticas de control de flujos migratorios, lo que se refiere a las salidas y llegadas y, por otro lado, en política migratoria relacionada con el mercado de trabajo.

Lo cierto es que en España o en cualquier otra parte del mundo las políticas migratorias siempre van por detrás de la realidad y es que la misma dinámica de los fenómenos migratorios, ya sean de salidas (emigración) o de entradas (inmigración), se aceleran tanto que terminan trasladándose a la política de cada gobierno⁴¹.

Debe mencionarse en este punto el papel que ha jugado la jurisprudencia constitucional en el progresivo reconocimiento de los derechos de los extranjeros puesto que las sucesivas interposiciones de recursos de inconstitucionalidad frente a las reformas legislativas han permitido el avance de tales derechos, pronunciamientos que analizamos en los apartados siguientes.

En la década de los 90, el panorama político y económico se estabiliza y se produce una notable mejoría en este último ámbito que permitió pensar en aceptar nuevos inmigrantes bajo un flujo controlado, optándose por el mecanismo de contingentes anuales que suponía que se fijaban cuotas legales de entrada de extranjeros para trabajar

⁴⁰ SOLANES CORELLA, Ángeles, “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010, pp. 77-101. Sobre esto leer a APARICIO, Marco, “La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003): un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y de eficiencia”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 6, 2004, pp. 31-54; ARANGO, Joaquín, “Inmigración, cambio demográfico y cambio social”, *ICE: Revista de Economía*, núm. 815, 2004, pp. 31-44; MOYA, David, “La reforma de la Ley de Extranjería”, *Documentos de Trabajo, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*, núm. 20, 2009, p. 21.

⁴¹ SÁNCHEZ ALONSO, Blanca, “La Política Migratoria en España. Un análisis de largo plazo”, *Revista Internacional de Sociología (RIS). La inmigración en España: perspectivas innovadoras*. Monográfico núm. 1, 2011, p. 248.

en España⁴². Este sistema fue establecido en el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que derogó el anterior Reglamento, pero no sirvió para canalizar las entradas de nuevos trabajadores no comunitarios, sino para regularizar a los extranjeros que ya se habían establecido irregularmente en nuestro país continuando igualmente las entradas ilegales. En otros aspectos resultó positivo porque concretó los derechos de los extranjeros y algunas cuestiones vinculadas a la integración. Destacadamente, reconoció los permisos permanentes de residencia y trabajo a partir de los cinco años proporcionando al inmigrante una cierta estabilidad.

En este momento de inflexión se definen los rasgos que van a caracterizar a la política migratoria en España: en primer lugar, el vínculo entre el ámbito de la extranjería y el del asilo que ha provocado una limitación de este último derecho en favor del control de los flujos migratorios tal y como se refleja en la Ley de asilo, que había sido modificada en 1994⁴³ y vigente en ese momento y, en segundo lugar, el recurso a los procesos de regularización extraordinaria de extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular puesto que su número nunca ha dejado de crecer. Así, desde 1986 hasta 2005 se han sucedido seis procesos de este tipo en España. El último proceso de regularización de 2005 se caracterizó por prestar mayor atención a las condiciones laborales exigiéndose no solo la oferta de empleo, sino que se supervisaba el alta efectiva en la Seguridad Social del trabajador y un trámite especial para las trabajadoras de hogar⁴⁴. En esta etapa, los elevados índices de economía sumergida hacían útil la entrada irregular en el país, convirtiéndose ésta en una forma ordinaria de inmigración en España⁴⁵.

A partir de la cumbre de Tampere (1999) se trataron de establecer ciertos criterios de integración de los inmigrantes en los países de la UE aunque, al mismo tiempo, se refuerza la cooperación policial frente a la presión migratoria. Y es en la década de los 2000 cuando en España se produce la más importante reforma legislativa en el ámbito

⁴² Sobre el sistema de cupos o contingente anual volvemos en el capítulo 3 de esta investigación.

⁴³ Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

⁴⁴ Solanes Corella lo califica como un proceso de creciente laboralización de la inmigración (SOLANES CORELLA, Ángeles, “¿Integrando por ley: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley Autonómica Valenciana 15/2008”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009, p. 86).

⁴⁵ PAJARES ALONSO, Miguel, “El proceso de regularización de 2005. Sus efectos posteriores sobre la inserción laboral de la población inmigrada”, Aja, E. y Arango, J. (eds.), *La inmigración en España en 2006. Anuario de inmigración y políticas de inmigración*, CIDOB, Barcelona, 2007, p. 214.

de la extranjería produciéndose cinco modificaciones legales entre el año 2000 y el 2010 además de dos modificaciones reglamentarias.

La vigente Ley de extranjería, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LO 4/2000)⁴⁶, derogó la anterior LO 7/1985 y estuvo fuertemente influenciada por el programa de Tampere que apostó por una política de integración que reconociera a los extranjeros residentes un estatuto de derechos y deberes similar al de los ciudadanos de la UE y tratar de eliminar la discriminación económica, social y cultural.

La LO 4/2000 llega en el momento en que la inmigración había crecido notablemente, llegando a contabilizarse una población de más 900.00 extranjeros en el año 2000⁴⁷. Ello sin contar a los extranjeros que se encontraban en una situación administrativa irregular, dato que no podemos saber con exactitud pero que, tomando en cuenta la regularización extraordinaria que “tuvo lugar entre el 21 de marzo y el 31 de julio de 2000, en la que se presentaron 247.598 solicitudes y se concedieron 153.465 permisos de trabajo y residencia”⁴⁸, nos permite tener una idea de la población inmigrante en situación administrativa irregular. Entonces era el momento de dar una respuesta jurídica más completa y compleja a esa realidad –ya no fenómeno- también compleja. Y la nueva perspectiva se advierte ya en el título que incluye la noción de “integración” y su artículo 2.bis incorpora la dimensión de la integración social como principio inspirador y como objetivo de la política migratoria española⁴⁹.

La LO 4/2000 ordena a las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus competencias, la integración social de los inmigrantes mediante políticas públicas

⁴⁶ Puede verse un comentario de la Ley en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y HUERTAS GONZÁLEZ, Rosa, *Comentarios a la nueva ley de extranjería: Ley orgánica 4/2000, de enero sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social*, Lex Nova, Valladolid, 2000; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y HORNERO MÉNDEZ, César, *El nuevo derecho de extranjería: estudios acerca de la Ley orgánica 4/2000, de enero sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social*, Comares, Granada, 2001; y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 65-100.

⁴⁷ La cifra exacta era de 923.879 extranjeros empadronados en España según los datos recogidos en el Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística-INE, núm. 3/2004 (disponible en https://www.ine.es/revistas/cifraine/cifine_ext0605.pdf).

⁴⁸ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, p. 181.

⁴⁹ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina “Reflejos de la «idea de integración» en las normas de extranjería y de nacionalidad. Especial referencia al nacido en España hijo de extranjeros”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2, 2017, pp. 147-163.

transversales dirigidas a toda la ciudadanía (artículo 2bis apartado 2.c)⁵⁰, podría decirse como un principio inspirador. Como objetivo, ordena a los poderes públicos la promoción de la plena integración de los extranjeros (artículo 2ter apartado 1)⁵¹; a las Administraciones Públicas, la incorporación de la integración con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos (artículo 2ter apartado 2)⁵²; a la Administración General del Estado, la cooperación con las Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla y con los Ayuntamientos en el marco estratégico plurianual y la elaboración de sus respectivos planes de integración (artículo 2ter apartado 3)⁵³; y a la Conferencia Sectorial de Inmigración, elaborar programas de acción bienales que refuercen la integración (artículo 2ter apartado 4)⁵⁴.

Para lograr estos objetivos la LO 4/2000 concibe unos mecanismos o herramientas de actuación que son el Foro de la integración social de los inmigrantes (artículo 70 LO 4/2000), el Observatorio del racismo y la xenofobia (artículo 71 LO 4/2000) y la Comisión laboral tripartita de inmigración (artículo 72 LO 4/2000).

Dicha normativa fue reformada varias veces⁵⁵, modificaciones que se hicieron en función de las mayorías parlamentarias, lo que se debió no solo a los distintos

⁵⁰ Artículo 2bis apartado 2.c LO 4/2000: “Todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios: c) la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía”.

⁵¹ Artículo 2ter apartado 1 LO 4/2000: “1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley.”

⁵² Artículo 2ter apartado 2 LO 4/2000: “Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato.”

⁵³ Artículo 2ter apartado 3 LO 4/2000: “La Administración General del Estado cooperará con las Comunidades Autónomas, las Ciudades de Ceuta y Melilla y los Ayuntamientos para la consecución de las finalidades descritas en el presente artículo, en el marco de un plan estratégico plurianual que incluirá entre sus objetivos atender a la integración de los menores extranjeros no acompañados. En todo caso, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos colaborarán y coordinarán sus acciones en este ámbito tomando como referencia sus respectivos planes de integración”.

⁵⁴ Artículo 2ter apartado 4 LO 4/2000: “De conformidad con los criterios y prioridades del Plan Estratégico de Inmigración, el Gobierno y las Comunidades autónomas acordarán en la Conferencia Sectorial de Inmigración programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Tales programas serán financiados con cargo a un fondo estatal para la integración de los inmigrantes, que se dotará anualmente, y que podrá incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo.”

⁵⁵ La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ha sido reformada por: LO 8/2000, de 22 de diciembre; LO 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 14/2003, de 20 de noviembre; LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas; LO 2/2009, de 11 de diciembre; y LO 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis. Del mismo

planteamientos que sobre el tema tenían en ese momento los dos partidos sucesivamente gobernantes, sino también al profundo desconcierto que el tema de la inmigración producía en la opinión pública española⁵⁶. Se trata de una cuestión fuertemente politizada y así, la aprobación tormentosa de la LO 4/2000 al final de la legislatura bajo gobierno socialista fue seguida de una rápida modificación en diciembre de ese año por el Partido Popular, ganador de los comicios generales en marzo de 2000, con la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Así, la LO 8/2000 fue aprobada en réplica frontal a la anterior ley y retrocedió en el reconocimiento de algunos derechos como los de reunión, asociación y huelga de los inmigrantes irregulares. Meses después se procede a la aprobación del Reglamento de ejecución, mediante el RD 864/2001, de 20 de julio.

Es interesante mencionar que en este momento se aprobó el denominado plan GRECO (Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España, 2001-2004) que no logró una aplicación plena al no venir acompañado de dotación presupuestaria.

Por lo que aquí nos interesa, este programa recoge actuaciones sociales dirigidas a la población inmigrante pero recibió críticas por el planteamiento unidireccional del concepto de integración social de los inmigrantes que lo acercaba a la asimilación, la utilización del término culturización que en el contexto europeo presenta un matiz peyorativo de origen colonial o, especialmente, la ausencia de sensibilización social hacia el tema de la inmigración y el empleo del término ilegal para referirse al inmigrante irregular⁵⁷. Como aspecto positivo se valoraron actuaciones como “el fomento de la inmigración legal, el desarrollo de mejoras en la acogida de inmigrantes y en su acceso a la información, la ordenación de la llegada de inmigrantes; la asistencia

modo, la regulación reglamentaria desde la versión originaria de la LO 4/2000, ha pasado por tres textos normativos: el RD 864/2001, de 20 de julio; el RD 2393/2004, de 30 de diciembre; y el RD 557/2011, de 20 de abril, sin perjuicio de puntuales modificaciones de los mismos como consecuencia de las continuas reformas legislativas.

⁵⁶ URIARTE TORREALDAY, Roberto, “El derecho al trabajo de los extranjeros irregulares”, *Revista de Derecho Político*, núm. 78, 2010, p. 260. Esta divergencia se hizo patente durante décadas en los sindicatos mayoritarios españoles, UGT y COOO, que partió de una visión positiva de la inmigración en la década de los ochenta con la defensa de derechos de los trabajadores extranjeros y demanda de regularización de aquellos que ya trabajaban y viró hacia un posicionamiento más restrictivo sobre la preocupación por las consecuencias de la inmigración para el mercado de trabajo nacional. Comparten actualmente una posición reguladora que exige del Gobierno una apuesta decidida por la lucha contra la economía sumergida y la reducción de la inmigración en situación irregular (FERNÁNDEZ SUÁREZ, Belén, *¿Quién gobierna? Políticas públicas e integración de inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 105).

⁵⁷ IGLESIAS DE USSEL, Julio (ed.), *Las políticas de integración social de los inmigrantes en las comunidades autónomas*, Fundación BBVA, 2010, pp. 119 y 120.

sanitaria, la incorporación al mercado de trabajo, la lucha contra el racismo y la xenofobia o la ayuda al desarrollo de los países de origen⁵⁸.

La siguiente reforma de la LO 4/2000 estuvo operada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre⁵⁹, cuya Exposición de Motivos justifica la modificación sobre el creciente número de residentes extranjeros en España y la lucha contra la inmigración además de adaptar la normativa nacional a las decisiones adoptadas entre 2001 y 2002 en la UE. Se trata de la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países y la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, a cuyo fin se perfecciona uno de los tipos sancionadores previstos en la ley.

Sorprendentemente, esta Ley orgánica no traspone dos directivas de máximo impacto en el estatuto del extranjero, haciéndose dicha trasposición por otra vía⁶⁰. A pesar de que la LO 14/2003 afirmaba categóricamente que su regulación no afectaba a los derechos de los extranjeros en España, nada más lejos de la realidad puesto que se ocupó de objetivos como la mejora de la gestión mediante la simplificación de los trámites administrativos afectando intensamente a la inscripción padronal que había que renovar cada dos años, la habilitación genérica de acceso al mismo a favor de la Dirección General de la Policía y del INE⁶¹.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 1.

⁵⁹ Sobre esta reforma, puede verse ESPLUGUES MOTA, Carles (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería: (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 1/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁶⁰ La doctrina denuncia que la incorporación de dos directivas de extrema relevancia se realice mediante Ley de acompañamiento de los presupuestos en lugar de hacerlo en la legislación de extranjería. Es el caso de la Directiva 2000/43 del Consejo de 29 junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y a la Directiva 2000/78 del Consejo de 27 noviembre 2000 relativa al establecimiento de un nuevo marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que fueron traspuestas mediante la Ley 63/2003, cuyo anteproyecto fue objeto de un duro dictamen del Consejo Económico y Social, de 7 de octubre de 2003, por considerar que menoscababa la seguridad jurídica (SOLANES CORELLA, Ángeles, “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010, p. 89).

⁶¹ La consideración del padrón como instrumento de control de la política española de extranjería es defendida, entre otros, por SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “Los inmigrantes en situación irregular: derechos, expulsión y regulación (1990-2004)”, Aja, E. y Arango, J., (eds.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, p. 135.

La reforma por LO 2/2009, de 11 de diciembre, es la que consideramos más interesante, puesto que con ella se ha solventado:

(1) La necesidad de hacer posible la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dando para ello una nueva redacción, acorde con la Constitución Española a los artículos que se han declarado inconstitucionales. Cabe recordar que algunos de los cambios que introdujo la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, desencadenaron una motivada presentación de varios recursos de inconstitucionalidad contra ella que fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y siguientes que la ratificaron (SSTC 259/2007, de 19 de diciembre, 260/2007; 261/2007; 262/2007; 263/2007; 264/2007 y 265/2007, todas ellas de 20 de diciembre de 2007) reconociendo que la exigencia que la indicada Ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución Española, ya que, según ésta, los indicados derechos alcanzan a todas las personas por el mero hecho de serlo y no por su situación administrativa⁶²;

(2) la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de nueve directivas europeas sobre inmigración que permanecían pendientes de transposición o que parte de ellas no estaban transpuestas⁶³; y

(3) la necesidad de adaptación de la LO 4/2000 a la nueva realidad migratoria en España, puesto que se presentan retos diferentes a los existentes en el momento en que se aprobó la última reforma de la Ley.

Además, la reivindicación permanente de integración del inmigrante obtiene respuesta en esta Ley después de iniciarse esta demanda mediante la vía no legal con la adopción del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 (en adelante, PEI) que concebía la integración como un proceso bidireccional, dirigido a la totalidad de la población y basado en los principios de igualdad, ciudadanía e interculturalidad. Este PEI es relevante por el acierto en la concepción de la integración como proceso

⁶² STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4. Un comentario a estos pronunciamientos en DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando, «Dignidad humana, tratados internacionales y derechos de los extranjeros: comentario a las SSTC 236/2007, 259/2007 y concordantes», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2008, pp. 1153-1166.

⁶³ Sobre la transposición de las Directivas en la LO 4/2009, consúltese el “Dossier XX Encuentro abogacía sobre derecho de extranjería y asilo”, *Revista de inmigración y extranjería*, núm. 24, 2010, pp. 83-117.

compartido entre las distintas administraciones y la sociedad civil y ofreció un marco para cohesionar la intervención autonómica en las políticas de integración⁶⁴.

Debemos señalar que la Constitución otorga al Estado la competencia exclusiva en materias de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería, derecho de asilo (artículo 149.1.2 CE) compartiendo el Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) una competencia en la elaboración y ejecución de medidas que permitiría, progresivamente, incorporar instrumentos específicos, aunque lógicamente, manteniendo el Estado central la competencia normativa general sobre control de los flujos migratorios⁶⁵.

En coherencia con la previsión constitucional, la LO 2/2009 determina que la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración es competencia del Gobierno central y que las CCAA y entidades locales asumen competencias sobre la base de la cooperación y solidaridad entre distintas Administraciones. Así, la LO 2/2009 recoge el traspaso de competencias en materia de autorización inicial de trabajo a las Comunidades Autónomas, competencia ya reconocida en algunos Estatutos de Autonomía, y mantiene al Estado como autoridad competente para decidir sobre la autorización de residencia del extranjero en España. Además, la participación autonómica cobra especial relevancia en el contexto de la integración socio-laboral del inmigrante puesto que la LO 2/2009 exige que sean las Comunidades Autónomas –o, en su caso, los Ayuntamientos– los que emitan un informe sobre la integración social del extranjero cuyo domicilio habitual se encuentre en su territorio a fin de demostrar el “arraigo social” que constituye la vía de regularización habitual. También se exige este informe positivo para las renovaciones de la residencia, informe en el que se valorará el esfuerzo de integración del extranjero.

⁶⁴ Desde febrero de 2019 el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social está trabajando en la elaboración de un nuevo Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración con el que se trata de evitar “la existencia de ciudadanos de primera y de segunda” en palabras de su entonces titular, la ministra Magdalena Valerio. El portal del Ministerio – ahora de Trabajo y Economía Social – no da más detalles.

⁶⁵ Queda fuera del objetivo de esta tesis analizar en profundidad de las competencias, la actuación y la normativa que han desplegado las Comunidades Autónomas en este ámbito sin perjuicio de reconocer que se trata de piezas claves para una integración social exitosa de los inmigrantes. Para un acercamiento a la cuestión, véanse MONTILLA MARTOS, José Antonio y VIDAL PUEYO, Camino (coords.), *Las competencias en inmigración del Estado y las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Foro Inmigración y Ciudadanía, núm. 15, 2007; BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene, *Competencias y Estrategias de las Comunidades Autónomas en Inmigración*, Junta de Andalucía, 2009; AJA, Eliseo, MONTILLA, José Antonio y ROIG, Eduardo: *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 y Consejo Económico y Social, *Informe 02/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, CES, Madrid, 2019.

Finalmente, la LO 2/2009 contempla otros aspectos positivos como la concesión automática de la autorización de trabajo a las personas reagrupadas, la previsión de medidas protectoras a las víctimas de violencia de género y de trata, el impulso de medidas de protección del menor migrante y el impulso al papel de las organizaciones de defensa de los inmigrantes en España.

En la actualidad, la LO 4/2000 está desarrollada por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería⁶⁶.

3. EL ESTATUTO DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA

El régimen jurídico del extranjero en España se establece en la Constitución, en los Tratados internacionales y en Leyes Orgánicas. La jurisprudencia constitucional ha jugado un papel clave en la configuración de ese estatus.

Comenzando por el precepto clave en la materia, destacamos el artículo 13 de la Constitución española⁶⁷, el cual no hace distinción formal alguna entre distintas posiciones jurídicas de los extranjeros, sino que fija una posición general para todos los no nacionales españoles que viven en España. Además, el constituyente no consideró el principio de igualdad entre extranjeros y españoles, sino que optó por un principio de equiparación limitada, constitucionalizando de este modo la fragmentación del estatuto de ciudadanía, haciendo una distinción entre ciudadanía nacional y ciudadanía extranjera⁶⁸. A su vez, se da una distinción de los estatutos jurídicos de los no nacionales extranjeros, diferenciándose entre los extranjeros comunitarios y los extranjeros no comunitarios y estos últimos, a su vez, se diferencian entre residentes de larga y corta duración.

Por otra parte, tal como dictamina el citado precepto, los extranjeros en España “gozarán de las libertades públicas que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley”, lo que nos remite a la Ley Orgánica de Extranjería y a

⁶⁶ Un comentario global sobre la Ley y el Reglamento de desarrollo vigentes en MONEREO PÉREZ, José Luis, FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel (coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012.

⁶⁷ La posición que adopta la Constitución española respecto a los extranjeros no es única puesto que el texto constitucional español siguió de cerca la regulación contenida en la Constitución italiana de 1947 y la portuguesa de 1976 (véase GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “Sinopsis del artículo 13”, en *Constitución Española*, 2003, disponible en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=13&tipo=2>).

⁶⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, p. 249.

los diversos tratados europeos, que finalmente serán los que configuren el estatuto del extranjero en España.

3.1. El estatuto del extranjero en la Constitución española

El ordenamiento constitucional español está edificado sobre la base de la configuración de la titularidad de los derechos⁶⁹, en la cual se impone una visión “nacional” y no “transnacional” del sistema de derechos fundamentales mostrando una clara contradicción con la naturaleza esencial del sistema universal de derechos humanos, y por este motivo, no podemos decir que derechos fundamentales y derechos humanos sean términos sinónimos⁷⁰.

La evidencia es clara, la Constitución española no tenía, ni siquiera como pretensión, regular los derechos de los extranjeros hacia finales de la década de los años setenta, unos derechos que abordarán el incipiente, llamémosle, fenómeno de la inmigración en España. Con todo, podemos decir que la Constitución española demostró tener cierto grado de apertura e indefinición que finalmente asumió⁷¹, como queda demostrado con algún precepto menos abierto que fue objeto de reforma constitucional siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 167 CE con el objeto de adaptarlo al artículo 8-B1 del Tratado de la Unión Europea, (en adelante, TUE) de fecha 7 de febrero de 1992, de acuerdo con la declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992. Hago referencia a este artículo 13 porque es el que regula el estatuto jurídico del extranjero en España, pero que en los debates parlamentarios fue muy discutido sobre todo en lo que atañe al régimen de la titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros.

En la redacción del artículo 13 de la Constitución española de 1978 –duodécimo en el anteproyecto de la misma-, fue donde hubo controversia con respecto al asunto del

⁶⁹ ASÚA BATARRITA, Adela y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “Derecho a tener derechos: Participación y cohesión social en el sistema constitucional español. Prestaciones sociales y ciudadanía”, *op.cit.*, p. 3.

⁷⁰ GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional. Editorial Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2016, p. 15. La discusión en torno a los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos es un clásico del Derecho Constitucional y cuenta con una bibliografía inabarcable por lo que nos ceñimos a recomendar PÉREZ LUÑO, Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004; RUBIO LLORENTE, Francisco, “Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional”, monográfico dedicado a: *La Rebelión de las Leyes*, núm. 4, 2006, pp. 203-233. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 42.

⁷¹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, p. 481.

sufragio pasivo de los extranjeros que acabó con la exclusión del derecho al sufragio activo, no obstante, se mantuvieron otros derechos fundamentales, cuya titularidad se delegó a las venideras medidas legales, que se entiende serían los tratados firmados y ratificados por España o las medidas contenidas en la ley⁷².

De este modo el texto definitivo del artículo 13 de la Constitución española quedó con la siguiente redacción:

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

Como ya mencionamos antes, con la ratificación del Tratado de Maastricht se tuvo que hacer la primera modificación de la Constitución española por la “incongruencia” entre ambos. Se trataba de que el artículo 8.B.1 del Tratado de Maastricht reconocía el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a todos los ciudadanos de la UE, mientras que el apartado 2 del artículo 13 CE sólo concedía el derecho de sufragio activo a los ciudadanos no nacionales. A raíz de esta “contradicción” fue planteada una duda de constitucionalidad por parte del Gobierno ante el Tribunal Constitucional, que terminó con el pronunciamiento de la Declaración de 1 de julio de 1992⁷³ en la que el Tribunal manifestaba la incompatibilidad “auténtica” entre las normas sometidas a examen y la necesidad de modificar la Constitución en este punto antes de ratificar el

⁷² GÓMEZ FERNÁNDEZ Itziar, *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, op. cit., p. 92.

⁷³ Pleno del Tribunal Constitucional, *Declaración de 1 de julio de 1992. Requerimiento 1.236/1992 del Gobierno de la Nación en relación a la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la CE y el art. 8 B, apartado 1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B, 10, del Tratado de la Unión Europea*, BOE núm. 177, de 24 de julio de 1992.

TUE.

La Declaración 1/1992 determina cumplidamente el contenido del artículo 13 CE y de la excepción que contempla en su apartado 2: “En efecto, no es el art. 23 el precepto que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales. En nuestra Constitución dicha norma, atinente a este requisito de la capacidad, no es el art. 23, sino el art. 13, en cuyo primer párrafo se procede a extender a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas reconocidas en el Título 1 de la CE. en los términos que establezcan los tratados y la ley. Esta extensión se ve exceptuada por la cláusula del art. 13.2, que excluye de ella determinados derechos reconocidos en el art. 23, restringidos, en consecuencia, únicamente a los españoles. Pero esa exclusión no deriva, por tanto, de las previsiones del art. 23, que por sí mismo no prohíbe que los derechos allí reconocidos puedan extenderse, por ley o tratado, a los ciudadanos de la UE. No cabe, por tanto, estimar que la previsión del futuro art. 8.B.1 TCE contradiga el art. 23 CE, haciendo necesario recurrir al procedimiento del art. 168 CE” (FJ 3 B).

Con esta declaración, el Tribunal reconoce la existencia de la diversidad de titulares de los derechos fundamentales, lo que Gómez Fernández denomina distintos contenidos del “derecho a tener derechos”, utilizando la famosa frase atribuida a la politóloga alemana⁷⁴, y lo expresa en los siguientes términos: “Siendo cierto que la Constitución no define quiénes son españoles (tarea que difiere al legislador en su art. 11.1), y resultando asimismo indiscutible que no existe un régimen jurídico uniforme para todos los nacionales, y que puede ser diverso también el de unos y otros extranjeros, es patente, sin embargo, que la Constitución, en su art. 13, ha introducido reglas imperativas e insoslayables para todos los poderes públicos españoles (art. 9.1 de la Norma fundamental) en orden al reconocimiento de derechos constitucionales en favor de los no nacionales. Se cuenta entre tales reglas, según venimos recordando, la que reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, derechos –como el de sufragio pasivo que aquí importa– que no pueden ser atribuidos, ni por ley, ni por tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es,

⁷⁴ Frase atribuida a la politóloga alemana Hannah Arendt que en 1951 había conseguido la nacionalidad estadounidense. Arendt había sufrido mucho como apátrida porque lo consideraba una exclusión de la sociedad humana. La ciudadanía significaba para ella “el derecho a tener derechos”. Para solucionar este problema exigía una ampliación de la Constitución de los Estados Unidos, por la cual nadie podría perder su nacionalidad si con ello se convirtiera en apátrida. Sobre la primera obra de la politóloga en la que recoge esta expresión, véase: ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2013.

que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución” (FJ 5).

De esta manera, tras un procedimiento de reforma simplificada se añade la expresión “y pasivo” al apartado 2 del artículo 13 CE, de modo tal que se amplía el derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros, que desde entonces podrán ser electores y elegibles en las elecciones municipales, toda vez que medie un tratado internacional o una ley que contenga este derecho. Por lo expuesto, hay que decir que la Constitución española solo niega expresamente a los extranjeros el derecho de sufragio con la observancia arriba referida; y para todos los demás derechos, en cuanto a su titularidad y limitaciones a su ejercicio, siempre por parte de los extranjeros, es imprescindible la remisión a los tratados y a la ley.

Siguiendo esta evolución del régimen constitucional de la extranjería se puede afirmar que la Constitución española no establece un vínculo directo entre la idea de lo que es ciudadanía y la titularidad de los derechos fundamentales. Ese vínculo se va creando a través de la jurisprudencia constitucional, siguiendo las previsiones incluidas en los artículos 11 y 13 CE, que enuncian los elementos que configuran la titularidad de los derechos constitucionalmente reconocidos.

En aplicación del artículo 96 CE, los ciudadanos comunitarios quedan equiparados a los nacionales españoles en cuanto al acceso en condiciones de igualdad a un empleo en el mercado de trabajo español. Por el contrario, los ciudadanos extracomunitarios, en aplicación del propio artículo 13 CE que condiciona el disfrute de derechos y libertades a lo establecido en los tratados internacionales y a la ley –la LO 4/2000, en este caso–, no pueden acceder en condiciones de igualdad con los españoles al mercado de trabajo nacional⁷⁵.

El artículo 11 CE dispone que la posesión de la nacionalidad es la puerta de acceso a los derechos, de lo cual no se puede privar a ningún español de origen y que se adquiere por ley⁷⁶. El artículo 13 CE permite a los extranjeros la exclusión o no de la

⁷⁵ Como ejemplos, cabe mencionar que, una vez constituida la relación laboral, el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, sanciona con la nulidad y la pérdida de efectos todos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas y lengua, dentro del Estado español.

⁷⁶ Sobre las distintas opciones de adquisición de la nacionalidad por residencia, véase el artículo 22 del Código Civil.

titularidad de los derechos constitucionalmente reconocidos, conforme a lo que establezcan los tratados internacionales y la ley. De esta forma el nacional y el extranjero son reconocidos por la Constitución como sujetos de derecho diversos.

Sintetizando, la Constitución española define el estatuto del extranjero basado en la desigualdad formal con el nacional. Sin embargo, es imprescindible señalar que las iniciales interpretaciones del Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias establecen “una conexión entre determinados derechos de los extranjeros y el principio de dignidad que los convierte en titulares de esos derechos en completa igualdad con los españoles”⁷⁷.

Así, el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional relevante en materia de interpretación de los derechos y libertades de los extranjeros se produjo con la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 107/1984, de 23 de noviembre, en la que abordó la interpretación del principio de igualdad del artículo 14 CE en relación con la población no nacional⁷⁸ señalando que “cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a <<los españoles>>. Son estos quienes, de conformidad con el texto constitucional ‘son iguales ante la Ley’ y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros”. Pero, inmediatamente, matiza esta afirmación y crea la conocida “teoría tripartita de los derechos” en función del derecho afectado pudiendo distinguir aquellos derechos pertenecientes a la persona en cuanto a tal por su relación directa con la dignidad de las personas; derechos que se predicán en exclusividad de los españoles porque derivan del artículo 23 y se relacionan con la soberanía nacional; y, el resto de derechos que se modularán en función de lo que establezcan los tratados y leyes pudiendo establecerse

⁷⁷ Sin ánimo exhaustivo, entre la mejor doctrina constitucionalista que analiza la división tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros citamos a GARCÍA ROCA, Javier, “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración: Una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch,-Giuffrè, Valencia, 2005; AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, en AAVV, *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002 y VIDAL PUEYO, Camino, *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

⁷⁸ La sentencia resuelve el recurso de amparo presentado por un ciudadano uruguayo que alegaba la posible vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 13, 14 y 35 de la Constitución. El demandante había sido despedido por carecer de permiso de residencia y denunció a su anterior empleador por considerar su despido nulo o, subsidiariamente, improcedente ya que la legislación vigente reconocía que los ciudadanos de determinados países no necesitaban permiso de trabajo en España.

diferencias entre nacionales y extranjeros⁷⁹.

Concretamente, en referencia a la configuración legal de esos derechos el Tribunal Constitucional afirma que “Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”⁸⁰.

Es a resultas de esta reflexión que el Tribunal Constitucional, implanta la mencionada triple diferenciación en lo que a los derechos de los extranjeros se refiere: “El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”⁸¹.

Dentro del primer grupo estarían los derechos fundamentales compartidos por españoles y extranjeros; manifestación de la dignidad de las personas, independientemente de que el extranjero cumpla o no con los requisitos de entrada o permanencia en territorio español; y cuya regulación ha de ser igual para ambos, por ser inherente a su condición de personas. Doctrinalmente estos derechos han sido

⁷⁹ Un exhaustivo análisis de las consecuencias del pronunciamiento en VIDAL PUEYO, Camino, *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, op. cit., y DE LUCAS, Javier, “Ciudadanía, Extranjería y Derechos”, en *Constitución y derechos fundamentales*, Betegón, J., De Páramo, J. R., Laporta, F.J. y Prieto, L. (coords.), CEPC, Madrid, 2004, pp. 379-407.

⁸⁰ STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3.

⁸¹ *Ibidem*, FJ 4.

denominados “incondicionales” en cuanto son reconocidos a toda persona con independencia de su nacionalidad o de su situación administrativa⁸².

Estos derechos son los que “pertenecen a la persona en cuanto tal, no como ciudadano (...) aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español” (STC 107/1984, FJ 3). El Tribunal Constitucional no da una lista cerrada y exhaustiva, sino que los considera pertenecientes a la persona en cuanto tal y considera que el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad de la persona habrá de determinarse a partir de su contenido y siguiendo para ello la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH) y los acuerdos y tratados internacionales a los que remite el propio artículo 10.2 CE. Como señala la doctrina, la cuestión problemática es determinar qué se entiende por derechos que nacen de la dignidad humana.

En el segundo grupo podemos enmarcar los derechos exclusivos de los españoles, reconocidos en el artículo 23 CE, o derechos vinculados a la nacionalidad como son el sufragio activo y pasivo o el acceso a cargos públicos⁸³.

Finalmente, en el tercer grupo, los derechos condicionales en los que se permite la diferencia de trato o se tolera un trato desigual entre españoles y extranjeros, en cuanto a su ejercicio, por tratarse de derechos de configuración legal, entre los que se encuentra el derecho objeto de estudio, el derecho al trabajo⁸⁴.

A partir de la STC 99/1985, de 30 de septiembre, se aprecia una clara evolución de la doctrina jurisprudencial en lo que respecta a las posibilidades de configuración del legislador, es decir, se restringen esas facultades tan abiertas de los inicios y se establece una clara relación, evidente y directa entre los derechos de los extranjeros y la Constitución, iniciando la tendencia a la determinación de un estatuto jurídico muy semejante entre los derechos constitucionales de los extranjeros y los de los españoles.

⁸² SALINAS MOLINA, Fernando, “El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 2002, p. 87.

⁸³ Actualmente, se puede decir que gozan de derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú y la República de Cabo Verde). Asimismo, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española, tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea y reúnan los requisitos para ser elector.

⁸⁴ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.

Concretamente, el Tribunal Constitucional entiende y así lo manifiesta en dicha sentencia⁸⁵, que uno de esos derechos que corresponden de forma similar a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos es justamente el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, cuyo contenido esencial debe ser preservado. Situados en un plano de igualdad respecto de la titularidad del derecho, su «status» constitucional no varía en cuanto a las determinaciones a que está sometido por el hecho de que el titular sea nacional o extranjero: su regulación está sometido a reserva de ley y el legislador debe respetar el contenido esencial del derecho. Así, se indica en el FJ 4 de esta sentencia que «siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio “sólo por Ley” puede regularse (art. 53.1 CE)»⁸⁶.

Años más tarde, profundizando en esta interpretación constitucional, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo frente a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y proclama dos principios esenciales en relación con los derechos que pertenecerían o no a los extranjeros, según lo dispuesto por los tratados y demás leyes que son, en primer lugar, el principio de que el legislador puede condicionar su ejercicio, pues “el artículo 13.1. CE reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros”; y, en segundo lugar, el de que la extensión limitadora de tal condicionamiento está, a su vez, limitada por la Constitución. “Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales” (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 3). De este modo queda reforzada una línea doctrinal que tiende a dar cada vez más trascendencia a los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual

⁸⁵ En particular, véase FJ 2.

⁸⁶ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre”, *op. cit.*

para ambos, vistos ya en la clasificación que se hizo más arriba.

Prosiguiendo con la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la STC 242/1994, de 20 de julio, afirma también que la posibilidad que tiene el legislador de restringir y limitar los derechos fundamentales que pudieran disfrutar los extranjeros en España, no es una posibilidad incondicionada ya que no puede afectar a determinados derechos, específicamente aquellos que tienen conexión con la dignidad de la persona: aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano, es decir, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español, en la STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4. En la misma línea, la STC 95/2000, de 10 de abril, ratifica la anterior jurisprudencia y lo hace ampliando la titularidad de los derechos de los extranjeros a todos los derechos constitucionales que tengan relación con el principio de dignidad de la persona.

Después de esta escueta relación, se puede decir que la jurisprudencia constitucional ha interpretado la Constitución de una forma que supera la apertura inicial que contemplaba el artículo 13.1 y la ha orientado de forma progresiva hacia la equiparación de derechos constitucionales entre españoles y extranjeros. Sin embargo, la primera interpretación literal del precepto constitucional del artículo 13, existen otros factores –como la evolución socioeconómica de España que pasa a convertirse en un país de inmigración– que exigen la aplicación al texto de la norma fundamental de otros criterios hermenéuticos, tales como el sistemático, teleológico y evolutivo para, de este modo, dar respuesta jurídica a una nueva realidad que es la inmigración. En otras palabras, el estatuto del extranjero ha de dar respuesta a la nueva realidad social a la que ha de aplicarse la Constitución, sus preceptos y principios fundamentales⁸⁷.

Esta vinculación al principio de dignidad de la persona que tienen los derechos ha permitido definir un núcleo intangible de derechos que son inherentes a la persona y de los que los extranjeros no pueden ser desposeídos⁸⁸. Como afirma la doctrina cualquiera que sea la opción por la que se opte ante el fenómeno de la inmigración esta habrá de “respetar las disposiciones constitucionales y, en especial, los efectos que derivan de la consideración constitucional de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que

⁸⁷ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ciudadanía”, *op. cit.*, p. 250.

⁸⁸ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre”, *op. cit.*

le son inherentes, como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Además, las exigencias de interpretación de las normas relativas a derechos constitucionalmente reconocidos (art. 10.2 CE), imponen que cualquier regulación referida a los derechos de los extranjeros, tenga que ser interpretada de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados o convenios ratificados por España”⁸⁹.

⁸⁹ FREIXES, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 103-141.

CAPÍTULO 2. LA DIGNIDAD Y SU CARÁCTER INHERENTE AL DERECHO AL TRABAJO, SEA EJERCIDO POR PERSONA NACIONAL O EXTRANJERA

1. APUNTES EVOLUTIVOS SOBRE EL CONCEPTO DE DIGNIDAD

1.1. La dignidad en su decurso histórico-filosófico y constitucional

Desde el inicio de los tiempos se ha asociado el término “dignidad” del ser humano con un origen divino y más adelante con el humanismo. No obstante, con el paso del tiempo se llega a situar la idea de dignidad en la modernidad y “la convierte en un concepto de referencia para la construcción de la ética pública de las sociedades democráticas, sin mitos y limitada en su papel”⁹⁰, lo que hace que la dignidad sea la base sobre la cual se han de construir políticas y elaborar leyes que tienen que ver con los derechos humanos.

La idea de dignidad siempre está presente en la vida de las personas, aunque esta tiene muchas dimensiones. En otras palabras, la noción de dignidad tiene explicaciones derivadas de diversos contextos, como puede ser el contexto histórico, ideológico, científico y también filosófico.

Desde Platón, pasando por Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Emanuel Kant o Jürgen Habermas, el concepto de dignidad va unido a los seres con alma racional; al hombre digno porque es semejante a Dios; o como un valor primordial en cada ser humano, destacando su autonomía moral, independientemente de su posición social o de sus méritos personales; o simplemente se ha explicado el concepto de dignidad desde posturas religiosas o alejada de este tipo de creencias.

Existe disparidad de criterios, especialmente en el ámbito filosófico, cuando se quiere conceptuar qué es la dignidad. A modo de ejemplo, cuando se fundamenta la dignidad en la autodeterminación, ello tiende a hacer una distinción entre “persona”, como individuo capaz de autodeterminación y “ser humano”, como individuo de la especie, concluyendo que solo la persona tiene dignidad y derechos⁹¹.

La palabra “dignidad” deriva del adjetivo latino *dignus* y se traduce por “valioso”. Podemos referirnos a la cualidad de digno de las personas y además al valor inherente al

⁹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, en Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 26, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 14.

⁹¹ PACHECO ZERGA, Luz, *La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 23-24.

ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad y poder creador, dado que toda persona es capaz de guiar su vida y desarrollarla a través de sus propias decisiones ejercidas en libertad. Se puede afirmar que los seres humanos poseen dignidad por sí mismos, dignidad que no se otorga ni por factores externos ni por otras personas, sino que se posee desde el mismo instante que se nace o “desde la concepción”⁹².

El concepto de dignidad impregna todos los ámbitos de la vida de los seres humanos, tanto la vida personal, social, cultural, política y todas las demás que puedan existir puesto que, desde un punto de vista humanista que es de donde surge el concepto, todas las personas tienen la misma capacidad de realizarse humanamente en su magnitud corporal, material, racional y también espiritual; asegurando así su trascendencia como tal. La dignidad de la persona es así una característica distintiva de los seres humanos frente a los demás seres vivos, hace de la persona un fin en sí misma evitando que sea un medio para lograr otros fines. Como persona humana, “el hombre destaca de toda la naturaleza, aparece como un ser superior al universo material”⁹³.

Con la calidad de autonomía propia de los seres humanos es que las personas pueden actuar libremente sin estar bajo opresión de nadie; en otros términos, actuar como ciudadano. Toda persona es digna no solo desde el momento que puede decidir por sí mismo qué es y qué aspira a ser o a hacer, sino desde que ha sido concebida en el vientre de su madre. La persona es merecedora de respeto porque el respeto es base de la dignidad.

Los seres humanos tienen derecho a vivir en toda su potencialidad, como corresponde a su dignidad de personas libres e iguales. Desde esta perspectiva, en ese decurso histórico-filosófico y constitucional, la imbricación entre dignidad y derechos humanos no debe verse como una utopía, sino como una realidad, como bien ha argumentado Habermas⁹⁴.

⁹² BANDA VERGARA, Alfonso, “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho*, Vol. IX, Universidad Austral de Chile, 1998, pp. 7-42.

⁹³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La Dignidad de la Persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 23.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 105-121. En efecto, como dicho autor argumenta, históricamente, la idea de dignidad humana como concepto jurídico aparece más tarde que la de derechos humanos, y ello es algo que puede constatarse tanto en los textos normativos como en la jurisprudencia y en la doctrina jurídica. No obstante, sostiene la tesis de que desde un principio ha existido una estrecha relación conceptual, si bien en un primer momento de forma implícita, entre ambas nociones. Arguye, en primer lugar, que la dignidad humana no es un término clasificatorio adoptado con posterioridad para reunir simbólicamente una multiplicidad de diferentes derechos, que no es sólo la expresión vacía de un catálogo de derechos humanos aislados e inconexos, sino la fuente moral de la que

En esta misma línea de pensamiento, tomando en cuenta al ser humano como único ser viviente dotado de razón, “la dignidad adquiere una perspectiva individual y social, vinculada indisolublemente a la libertad de la persona; con lo cual, la dignidad se funda e inserta en la esfera de lo jurídico-político”⁹⁵.

El hombre es concebido, como razón, como voluntad, como sentimiento, como instinto. Tales ideas provienen de tres fuentes: la religión, la filosofía y la ciencia natural. La idea cristiana⁹⁶ le atribuye un rango sobrenatural y fue solo el humanismo renacentista el que trajo los valores del hombre del cielo a la tierra⁹⁷.

En los siglos XVII y XVIII los derechos humanos tenían una clara relación con el derecho natural, con el iusnaturalismo. En otras palabras, se afirmaba que los derechos de las personas eran naturales, estaban allí porque sí, eran previos al poder y eran un don de la naturaleza humana. Derechos naturales o derechos morales son los términos utilizados por el iusnaturalismo como garantía de la dignidad del hombre. Aunque el derecho natural tiene una importancia histórica, pero sin sentido en la actualidad, cabe recalcar que hacer posible una vida humana digna es una pretensión moral de los derechos humanos, necesarios para el desarrollo integral de la persona.

se nutren los contenidos de todos los derechos fundamentales. A continuación, esgrime el papel catalizador que juega el concepto de dignidad en la composición de los derechos humanos a partir de la moral racional, por un lado, y en la forma de derechos subjetivos, por otro. Finalmente, sostiene que la extracción de los derechos humanos a partir de la fuente moral de la dignidad humana explica la fuerza política expansiva de una utopía concreta, que el autor defiende tanto frente al rechazo global que a veces se ha hecho de los derechos humanos, como frente a los recientes intentos orientados a la desactivación de su contenido radical.

⁹⁵ LANDA ARROYO, César, “Dignidad de la Persona Humana”, *Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 7, 2002, p. 111.

⁹⁶ La referencia que el cristianismo hace a la dignidad está presente también en las encíclicas que los papas de la iglesia católica han ido escribiendo en el siglo pasado y en el presente. Estas cartas afirman que el dominio del hombre sobre la tierra se realiza en el trabajo y mediante el trabajo. (Carta Encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII). Una realidad que cabe resaltar que el Papa Juan XXIII critica; y a la vez que no debe suceder, es el hecho de usar a los trabajadores como simples objetos carentes de una razón y libertad, clamando así para ellos respeto, pues por naturaleza, tienen dignidad y derechos que deben ser respetados. Así mismo, El trabajo en la encíclica *Laborem exercens* (canto al trabajo) aparece como un bien digno que corresponde a la dignidad del hombre (en GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La Dignidad de la Persona ...*, p. 49). El concepto de dignidad humana se universaliza, pero a la vez se detecta que está enraizada en la doctrina de la Iglesia católica, específicamente en “las encíclicas *Rerum Novarum* y *Laborem exercens*, del papa León XIII de 1891; que se expresaría en las encíclicas *Pacem in terris*, del papa Juan XXIII de 1963, *Populorum progressio* o la Constitución del *Gaudium et spes*, del papa Pablo VI de 1965, que titula su primer capítulo “La dignidad de la persona humana” en Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1997, pp. 253 y ss.). De igual manera, se ha de garantizar con eficacia los derechos del hombre que surgen de la dignidad de la persona humana los cuales son “universales, inviolables e inmutables.”

⁹⁷ RAMOS, Samuel, *Hacia un nuevo Humanismo*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1997, pp. 47-48.

A partir del siglo XVIII, cuando surgen las primeras ideas revolucionarias en Francia, se empieza a pensar en una nueva forma de sociedad que tiene al hombre como ser social a quien corresponden derechos esenciales, es decir, derechos humanos. Los teólogos de esta época “se enfrentaron también con la idea de la justicia, e incluso algunos partieron de la igualdad esencial entre los hombres, pero no dieron un paso adelante para considerar el respeto a la dignidad humana como una idea esencial exigible en términos jurídicos, algo que se puede hacer valer ante un Juez”⁹⁸.

En cualquier caso, con las ideas revolucionarias francesas el decurso histórico-filosófico de la dignidad se forja asimismo en su dimensión constitucional, expresada en el emblemático artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁹⁹. Es cierto que la Declaración no menciona la dignidad como valor transversal. Ahora bien, la única referencia que se contiene en ella sí engarza de alguna manera con el sentido analizado en la presente investigación, siquiera para los trabajos o empleos públicos. En particular, se efectúa una aislada referencia a ella en su artículo 6, en el contexto de la igualdad ante la ley de todo ciudadano para el acceso a “cualquier *dignidad*, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes”. Curiosamente, en la Declaración francesa de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana redactada en paralelo en 1789 por Olympe de Gouges, además de reproducirse ese artículo 6 en clave de “igualdad de género”, se introduce otra referencia a la igualdad con mayor alcance (en su artículo 13), en donde se vislumbra, por un lado, la idea de dignidad en el trabajo o trabajo decente frente a situaciones penosas y, por otro lado, la extensión de esa dignidad a todos los trabajos, y no únicamente a los empleos públicos¹⁰⁰.

Con el mismo espíritu, en ese decurso del constitucionalismo revolucionario francés, sin reconocer con carácter general el derecho al trabajo, la Constitución de 1791 sí pone fuertemente en conexión la idea de trabajo con la noción de dignidad (sin mencionar todavía esta explícitamente), al prever entre las “Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución” (Título Primero), aún “como derechos

⁹⁸ CELAYA IBARRA, Adrián, “Un compromiso con los derechos humanos” en *Humanismo para el siglo XXI*, Propuestas para el Congreso Internacional, Amigo Fernández de Arroyabe, M.L. (ed.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 78.

⁹⁹ Como es conocido, a tenor de dicho artículo 16, “una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni asegurada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

¹⁰⁰ Según el artículo 13 de la Declaración redactada por Olympe de Gouges, la mujer “participa en todas las prestaciones personales, en todas las tareas penosas, por lo tanto, debe participar en la distribución de los puestos, empleos, cargos, dignidades y otras actividades”.

naturales y civiles”, “un establecimiento general de ayudas públicas con el fin de (...) suministrar trabajo a los pobres válidos que no hayan podido conseguirlo”. En todo caso se ha destacado que la consagración del derecho al trabajo, sobre la base de este antecedente de la Constitución de 1791, fue objeto de las discusiones constituyentes de 1848 más encendidas, poniendo el énfasis sus defensores (frente a los detractores que propugnaban la supresión del texto constitucional) en la fraternidad, o extrayendo “su origen y su legitimidad de las cláusulas fundamentales e implícitas del pacto social”, o declarando que el derecho al trabajo era “el derecho del hambre” y debía prevalecer sobre todos los demás¹⁰¹.

Con carácter añadido, vale la pena recordar que la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848 era la que proclamó explícitamente por vez primera, en el apartado IV de su Preámbulo, que la República “tiene como principio la Libertad, la Igualdad y la Fraternidad”, para a renglón seguido propugnar el respeto mutuo con relación a “las nacionalidades extranjeras” (apartado V), los deberes recíprocos que obligan a los ciudadanos y a la República (apartado VI), otros deberes ciudadanos (de defensa, tributarios, y laborales para ayudarse “fraternalmente” los unos y los otros; apartado VII) y también de la República (entre otros, la de asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados mediante una “asistencia fraternal” o la de proporcionar “trabajo dentro de los límites de sus recursos”, e instrucción pública; apartado VIII). Esta dimensión social se concreta en el catálogo de los “derechos de los ciudadanos garantizados por la Constitución” (capítulo II) en materia de educación y enseñanza (art. 9), de libertad de trabajar, de formación profesional y de asistencia social (art. 13)¹⁰². En esos antecedentes del constitucionalismo francés se reconocen los elementos en torno a los cuales gira nuestro estudio, esto es, el derecho al trabajo (y la libertad de trabajar) y el respeto a las “nacionalidades extranjeras” a través de una ayuda o asistencia “fraternal” que evoca finalmente la idea de dignidad abordada más específicamente en el presente capítulo de la Tesis.

Dicho lo cual, el derecho al trabajo es considerado un derecho social por su carácter de derecho prestacional y, según recalca Prieto, existe una cierta conciencia de que los

¹⁰¹ Una síntesis de ese interesante debate constituyente puede leerse en GODECHOT, Jacques, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, París, 1979, particularmente pp. 255-259; citado por JIMENA QUESADA, Luis, “El tríptico liberal en el constitucionalista social”, *Revista General de Derecho Público Comparado* (Monográfico sobre *Liberté, Égalité, Fraternité*), núm. 20, 2017, pp. 4-5 (nota a pie 7).

¹⁰² *Ibidem*.

derechos sociales en general, y muy particularmente los derechos prestacionales, “o no son auténticos derechos fundamentales, representando una suerte de retórica jurídica o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación”¹⁰³. La defensa por la inclusión de los derechos sociales, económicos y culturales en la categoría de los derechos fundamentales pasa por reconocer la conexión existente con los derechos políticos. A decir de Peces-Barba, los combates por los derechos políticos se dieron con la finalidad de poder alcanzar las metas sociales, articuladas en estos nuevos derechos, en definitiva, a alcanzar una vida con condiciones dignas, una plena condición humana. “Su objetivo era la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios, en definitiva, sus defensores pensaban que eran un camino adecuado para desarrollar la condición humana en plenitud, lo que se podía llamar la autonomía o independencia moral, que hasta ese momento sólo se abría plenamente a las personas cultas y con medios económicos”¹⁰⁴. Una clara diferencia entre ricos y pobres, que se podría interpretar como personas con dignidad y personas sin la misma.

Incluso se defiende la idea de la dignidad como valor preeminente: “Es más, la defensa de la propia dignidad nos pone por encima de nuestro puro instinto animal de conservación. La estimación de la vida humana en su dignidad incondicional puede hacer que en una situación límite, se prefiera sacrificarla a vivir indignamente”¹⁰⁵. Innumerables situaciones dramáticas vivimos en estos últimos tiempos de crisis (crisis económica y financiera mundial a partir de 2008, crisis de las personas refugiadas en Europa a partir de 2015, crisis del Brexit desde 2016¹⁰⁶ y crisis global provocada por la pandemia del Coronavirus desde 2020) en los que el ser humano ha sido capaz de

¹⁰³ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 97-98.

¹⁰⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y Política)*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 11, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 57-58.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ DEL RIESGO, Manuel, “Ética, religión y dignidad humana” en *Humanismo para el siglo XXI*, Propuestas para el Congreso Internacional, M.^a Luisa Amigo Fernández de Arroyabe (ed.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 456.

¹⁰⁶ Como ha observado Tomás Mallén, “constituye un imperativo insoslayable que el Brexit no acarree un retroceso en el acervo social ya conseguido en el Reino Unido (...) en materia de protección de menores, de empleo, de libertad de circulación de personas o de no discriminación por diversos motivos (entre otros, nacionalidad, sexo, origen étnico o discapacidad)”(TOMÁS MALLÉN, Beatriz, “El Brexit y su impacto en la Europa de los derechos: el desafío británico al Derecho Constitucional Europeo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 1182-1183).

quitarse la vida al perder su puesto de trabajo y no poder hacer frente al pago de facturas cada mes, prefiriendo ello a vivir de modo indigno. Es aquí donde el sentido primordial del derecho moderno, que consiste en arbitrar el cumplimiento de los derechos individuales de las personas y por consiguiente de sus derechos sociales, se pierde.

Con estos planteamientos, era menester abordar el decurso de la dignidad desde el constitucionalismo histórico. Como bien se ha recordado, “en algunos estados la protección de la dignidad del hombre sólo se determina como un principio fundamental, no como un derecho fundamental y, por consiguiente, se reconoce con diferente calidad jurídica”¹⁰⁷. En efecto, la reseñada dicotomía entre ricos y pobres, personas con dignidad y sin ella, se ha visto mediatizada en el plano jurídico-constitucional por la dicotomía entre principio-valor fundamental¹⁰⁸ y derecho fundamental¹⁰⁹, asimismo por la categorización clásica de los derechos entre los que serían fundamentales (lo que se atribuiría a los cívico-políticos) y los que no gozarían de dicha catalogación (de la que quedarían relegados los sociales).

Esta última consideración, como sintetiza Cubero incidiendo en la indivisibilidad de los derechos a través de las vías de conexión¹¹⁰, está relacionada con aquellos autores que refutan la idea de que los derechos sociales están desconectados de los derechos fundamentales y que no comparten ni contenido ni exigibilidad. Diversos autores como,

¹⁰⁷ VON MÜNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional alemán”, *Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época*, núm. 9, 2009, p. 119.

¹⁰⁸ Para un acercamiento y eventual discernimiento u homologación entre valores y principios, puede leerse la monografía de PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos (Temas Clave de la Constitución), Madrid, 1986 (1ª reimpr.), así como los trabajos de BASILE, Silvio, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en *La Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1981, y de VILAS NOGUEIRA, José, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984.

¹⁰⁹ Sobre la discusión en España en torno a la noción (o nociones) de derechos fundamentales, léase ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)”, en Escobar Roca, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 459-647.

¹¹⁰ CUBERO MARCOS, José Ignacio, “El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54, 2017, p. 121: “La doctrina ha ido construyendo esta categoría en torno a los llamados «derechos de segunda o tercera generación», que se han incorporado al texto constitucional español a partir de los principios rectores de política social y económica. La principal diferencia con los derechos fundamentales estriba en la imposibilidad de ser invocados directamente ante la autoridad jurisdiccional porque requieren un desarrollo en sede legislativa o, en ocasiones, administrativa, de modo que el derecho a la vivienda digna, por ejemplo, exige que el poder legislativo o ejecutivo intervenga activamente para su consecución. Del mismo modo, estos derechos vienen respaldados por principios como el de la igualdad y la participación del artículo 9.2 CE o la cláusula del Estado Social en el artículo 1. Esta distinción hunde sus raíces en los planteamientos decimonónicos a partir de la Revolución francesa, y la necesidad de preservar los intereses de un colectivo como la burguesía, que priorizaba el derecho de propiedad y el libre comercio frente a las trabas que imponían las monarquías absolutas”.

entre otros, Courtis y Abramovich¹¹¹, Ferrajoli¹¹² o Pisarello¹¹³ se encargaron de matizar o refutar esta doctrina clásica alegando que la clasificación, en muchos casos, podía calificarse como artificial y no puede ser cerrada y exhaustiva, debido a que no todos ellos garantizan en todas sus vertientes la dignidad de la persona y tampoco su autonomía personal¹¹⁴. Para ello, debería garantizarse, al menos, un contenido esencial o un núcleo irreductible que sirviera como límite negativo al legislador para evitar que éste, no ya quiebre el contenido constitucional de aquéllos –configurados como principios rectores, pero sin que ello comporte abandonar su naturaleza normativa y, por tanto, vinculante– sino que directamente atente contra la dignidad, la autonomía personal y, sobre todo, a tenor del artículo 9.2 CE, el principio de igualdad real y efectiva. Incluso, podría mencionarse al hilo de estas consideraciones la cláusula del Estado social como valor supremo del ordenamiento jurídico según el artículo 1 CE.

1.2. La dignidad de la persona en la actualidad

Tras estas páginas sobre la dignidad en su decurso histórico-filosófico y constitucional conviene observar que, una vez finalizada la segunda guerra mundial, el sentido de respeto hacia la persona humana y su dignidad adquirió la importante relevancia que hoy tiene, a la vista de la barbarie cometida contra las personas durante la primera y segunda guerras mundiales en las que murieron millones de personas y además se perpetraron graves atentados contra la dignidad humana. Ya no solo se habla de dignidad de origen divino o religioso, sino que se relaciona con rasgos de la dignidad humana, a decir de Peces-Barba, rasgos que “son objeto de una deliberación racional y, para convertirse en reales y efectivos, construyen esa normatividad en forma de valores, de principios y de derechos”¹¹⁵.

Si bien, como vimos el concepto de dignidad ha existido siempre, su incorporación a los catálogos de derechos humanos se produce por vez primera en la cuarta década del siglo pasado. Es entonces cuando “Como respuesta al pasado se defienden un conjunto

¹¹¹ ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid 2004.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

¹¹³ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

¹¹⁴ Sobre el particular, véase igualmente: GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

¹¹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 47.

de valores frente al resto de poderes públicos”¹¹⁶. En primer lugar, se consideró la defensa de la dignidad humana, teniendo siempre en cuenta que los valores constitucionales han de ser concretados por los jueces. En la Ley Fundamental de Bonn encontramos un ejemplo de referencia puesto que esta “situaba en el centro y sobre cualquier otra consideración a la dignidad humana”¹¹⁷.

La dignidad adquiere todo su potencial de transformación y cambio cuando se conoce, se percibe, se estudia, se otorga un sentido institucional y se empieza a ver como una institución que promueve a la persona humana fomentando nuevas condiciones sociales, culturales, políticas que permitan su desarrollo –el de la persona humana– en dignidad. Es decir, cuando adquiere normatividad y pasa a ser un concepto jurídico porque “En una perspectiva institucional no abstencionista sino promotora de la persona humana, lo que se busca ya no es limitar y controlar al Estado y a la sociedad; sino, por el contrario, promover o crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales, que permitan el desarrollo de la persona humana”¹¹⁸.

Debemos desarrollar las condiciones por las que nos consideramos seres libres y con dignidad para sentir que somos dignos. Siguiendo a Peces-Barba, la dignidad humana en el siglo XXI, luego de sufrir cambios históricos y varias confrontaciones intelectuales, se sitúa en lo que llama el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad¹¹⁹.

Centrándonos en nuestro entorno constitucional, la base ideológica sobre la que se definió el surgimiento jurídico de la noción de dignidad de la persona en texto constitucional alemán es conocida a día de hoy. Dentro del Derecho se produjo cierta reprobación respecto a la concepción positivista y el relativismo jurídico, fortaleciendo más determinados conceptos de Derecho natural en el texto constitucional. Fue Rudolf Smend quien logró comprender de forma convincente la relación de complementariedad de ambas concepciones y descifrar lo que faltaba en la dialéctica constitucional en su famosa obra *Constitución y Derecho Constitucional*, en la que observaba que, “El Derecho constitucional es únicamente una positivación de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu y, por tanto, no se entiende sin aquéllas. Y a la inversa,

¹¹⁶ GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del Espacio Europeo de los derechos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, p. 24.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 25.

¹¹⁸ LANDA ARROYO, César, “Dignidad de la persona humana”, *op. cit.*, p.112.

¹¹⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 63.

éstas no son realizadas de forma plena y permanente sin su positivación jurídica”¹²⁰. Se reconoció en ese entonces el peligroso carácter neutral y avalorativo que había jugado el Estado de Derecho –liberal o social– frente a las dictaduras emergentes en tanto subordinó los derechos del hombre al poder y a la economía predominante¹²¹, que dio paso al totalitarismo del Estado. Para Smend, el Estado no es una totalidad inmóvil que solo expide leyes, acuerdos diplomáticos o actos administrativos. Si el Estado existe es gracias a las diversas manifestaciones de un entramado espiritual, de sus transformaciones y renovaciones. En esta línea, “la pretensión de Smend de conciliar positivismo y Derecho Natural suponía para el pensamiento jurídico de posguerra, y especialmente para la doctrina alemana, una solución que tuvo una importante aceptación”¹²². Fue esta visión la que contribuyó a la consolidación de una Constitución fundamentada en valores, a la recepción del valor de dignidad en el complejo constitucional convirtiéndola en valor jurídico, a decir de Oehling.

Así pues, mediante la positivación de la noción de dignidad, ésta adquiere en el sistema jurídico un carácter de norma fundamental de la Constitución alemana, concretando sus posibilidades de realización y se objetiva¹²³.

Sea como fuere, enlazando con las consideraciones sobre la proyección del constitucionalismo revolucionario francés, conviene recordar con Monereo que “la dignidad de la persona se inserta en el discurso que ha presidido el proceso histórico de emancipación del hombre, y en este contexto ha sido una de las categorías universales y omnicomprendivas que comprenden, por excelencia, las exigencias de la triada de libertad, igualdad y solidaridad o fraternidad entre los hombres. Esos tres valores proclamados por la Revolución francesa de 1789 (‘Libertad, igualdad y fraternidad’), integran el proyecto inacabado de la modernidad (Habermas), los cuales se vinculan a la idea de la dignidad humana”¹²⁴.

Siguiendo al mismo autor, comprobamos que, en la evolución del constitucionalismo contemporáneo, ya no se trata únicamente de limitar el poder, sino

¹²⁰ SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 66. Título original. *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, traducción de José María Beneyto Pérez.

¹²¹ LANDA ARROYO, César, “Dignidad de la persona humana”, *op. cit.*, p. 115.

¹²² OEHLING DE LOS REYES, Alberto, “El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes en la Europa Continental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 136.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020, p. 7.

de participar democráticamente en su ejercicio para defender la dignidad humana, también de la persona trabajadora extranjera. Así, hace notar Monereo que “la historia de los movimientos sociales de todo tipo confirma esta idea, lo que la actual coyuntura histórica se expresa –y repárese en el lenguaje de los derechos que se utiliza, comenzado por la dignidad humana traducida por la situación social de ‘indignidad’ ante un sistema político indiferente a la creciente desigualdad y que apuesta por políticas de carácter neoliberal en perjuicio de los más desfavorecidos, clases trabajadoras, pero también clases medias ‘precarizadas’ o empobrecidas– en los movimientos de los ‘indignados’ y de los ‘inconformistas’ (que recuerda a la crítica gramsciana de los ‘indiferentes’)”¹²⁵. En última instancia, la presente investigación pretende ser un exponente argumental de esa indignación frente a la inconformidad y la indiferencia.

2. LA DIGNIDAD Y LA DIMENSIÓN SOCIO-LABORAL DE LA PERSONA EN LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES

La dignidad es un concepto jurídico presente en textos internacionales y constitucionales, no obstante, su aplicación, así como su significado, han generado debate académico, específicamente en la doctrina alemana a partir de su inclusión en el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*)¹²⁶. En este apartado 2 mostraremos su conceptualización, empezando por la normativa internacional¹²⁷, para acometer seguidamente en el apartado 3 sus perfiles constitucionales.

2.1. En los instrumentos universales

2.1.1. El carácter vanguardista de la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo

Desde sus orígenes, la OIT (como organismo o agencia especializada integrada en la ONU) ha procurado la defensa de los intereses de los trabajadores migrantes y ha elaborado normas internacionales específicas para la regulación de la mano de obra migrante y la protección de los trabajadores en el extranjero mediante dos Convenios

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 17-18.

¹²⁶ MOYA MALAPEIRA, David, “El principio de dignidad de las personas extranjeras en España y su aplicación en el ámbito de las privaciones de libertad. Algunas notas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 61-62, 2016, p. 42.

¹²⁷ Para una primera aproximación al lugar de la dignidad en la normativa internacional, puede leerse GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Volumen 4, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2003.

(1949 y 1975) a los que se unen recomendaciones y declaraciones que, pese a no ser vinculantes, constituyen un parámetro interpretativo muy apreciable para tener en cuenta por los operadores jurídicos nacionales.

Bajo tal ángulo, la Declaración de Filadelfia, actual carta de la OIT de 1944, tiene un significado vanguardista¹²⁸, por cuanto se trata del primer instrumento internacional de derechos humanos que menciona explícitamente la dignidad humana¹²⁹. Por consiguiente, desde la perspectiva de nuestra investigación, es interesante resaltar que la dignidad humana aparece asociada *prima facie* a los derechos sociales y laborales.

Con tal espíritu, como ha destacado Jimena Quesada, “frente a discursos inequitativos, no imbuidos siempre de buena fe, tampoco hemos de malgastar esfuerzos en acreditar que los derechos sociales no son derechos reconocidos como de segunda categoría, no son alérgicos a su garantía (incluida su justiciabilidad), ni son los únicos cuya efectividad implica un coste económico. Bastaría, con alusión a la evolución de los estándares internacionales (...) con demostrar (con una visión no sesgada de la noción de “generación” de derechos, lanzada en 1977 con propósito pedagógico y buena fe por Karel Vasak en su artículo “La Déclaration Universelle des Droits de l’Homme 30 ans après”, *Le Courrier de l’Unesco. Une fenêtre ouverte au monde*, noviembre 1977) que los derechos socio-laborales se adelantaron en su reconocimiento y engarce explícito con la dignidad humana (en el marco de la OIT mediante la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944) a los derechos cívico-políticos”¹³⁰.

Con análoga filosofía, y siguiendo al propio Jimena Quesada, él matiza el discurso sesgado de las generaciones de derechos advirtiendo que, desde un enfoque diacrónico, “mientras los derechos cívico-políticos, sociales y colectivos suelen tipificarse como las respectivas primera, segunda y tercera generaciones en el terreno constitucionalista, un análisis más ajustado a la evolución internacional nos permitirá constatar que los

¹²⁸ *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia)*, adoptada el 10 de mayo de 1944 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión.

¹²⁹ Reza así su apartado II: “La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma que: (a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y *dignidad*, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; (...)”.

¹³⁰ JIMENA QUESADA, Luis, “El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales”, *Lex Social*, vol. 2, núm. 10, 2020, p. 366.

derechos colectivos (con especial atención a las minorías) fueron objeto de atención por parte de la antigua Sociedad de Naciones, que los derechos socio-laborales se potenciaron a continuación en el ámbito de la OIT (por cierto, debe repararse como dato curioso en que la dignidad apareció asociada originariamente a los derechos fundamentales laborales a través de la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944) y que, por último, los instrumentos básicos (universales y regionales) sobre derechos cívico-políticos fueron adoptados tras la Segunda Guerra Mundial”¹³¹. Y agrega: “la noción de generaciones de derechos lanzada en 1978 por quien fuera el primer Secretario General del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Karel Vasak) al lado de su Fundador (René Cassin) tenía un útil propósito pedagógico sobre la génesis histórica de los derechos en los textos nacionales e internacionales, sin que en modo alguno sugiriera siquiera una jerarquización o categorización, por lo demás contraria a la indivisibilidad, interdependencia e igual importancia de todos los derechos”¹³².

2.1.2. Apuntes evolutivos en los cien años de existencia de la OIT

Como ha estudiado Monereo, el gran esfuerzo del Derecho del Trabajo garantista contemporáneo ha sido tratar de evitar que el trabajador sea tratado como una simple mercancía (Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944, reiterada después en sucesivas Declaraciones de la OIT). De ahí que se haya buscado (y establecido una regulación para ello) la “desmercantilización relativa del trabajo” como uno de los fines prioritarios del Derecho del Trabajo¹³³.

De hecho, en la estela evolutiva marcada por la Declaración de Filadelfia, es preciso traer a colación diversos instrumentos de *soft-law*, pero también de *hard-law*. Entre los primeros, ocupa un lugar importante la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998¹³⁴. Una

¹³¹ JIMENA QUESADA, Luis, “Afectación de la integración económica y la globalización a los valores y al Estado social”, en García Guerrero, J.L. y Martínez Alarcón, M.L. (dirs.), *Constitucionalizando la globalización*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1380-1381.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ MONEREO PÉREZ, José Luis, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1996, especialmente el capítulo II: “La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”, pp. 45 y ss.

¹³⁴ Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998. En dicha Declaración de 1998, la Conferencia internacional del trabajo “1. Recuerda: (a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; (b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en

década más tarde, la Declaración de la OIT sobre una globalización equitativa basada en la justicia social de 2008¹³⁵. Y, por supuesto, debe citarse la Declaración del Centenario de la OIT, en donde la Conferencia Internacional del Trabajo declaraba que “la OIT conmemora su centenario en un momento en que el mundo del trabajo se está transformando radicalmente impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, así como en un momento de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y *la dignidad de las personas* que se encuentran en dicho contexto”¹³⁶; además, en conexión directa con la temática del presente trabajo, la Conferencia expresa la necesidad de que la OIT oriente sus esfuerzos a “profundizar e intensificar su labor sobre migración laboral internacional en respuesta a las necesidades de los mandantes y asumir una función de liderazgo en materia de *trabajo decente en la migración laboral*”.

En este sentido, en el campo de las normas de *hard-law* o vinculantes, ocupa lógicamente una posición crucial el Convenio núm. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 16 de junio de 2011, en cuyo Preámbulo se reafirma el “compromiso de la OIT de promover el trabajo decente para todos mediante el logro de las metas establecidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo [1998] y en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa [2008]”. Más precisamente, en su artículo 6 se establece que “todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de *trabajo decente*, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de *condiciones de vida decentes* que respeten su privacidad”. Debe

forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización”.

¹³⁵ Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. En ella, la Conferencia Internacional se muestra “convencida de que, en un contexto mundial de interdependencia y complejidad crecientes, así como de internacionalización de la producción: –los valores fundamentales de libertad, *dignidad humana*, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia económica y social”.

¹³⁶ En la parte II, la Conferencia asimismo “declara que: A. Al ejercer su mandato constitucional, tomando en consideración las profundas transformaciones en el mundo del trabajo, y al desarrollar su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, la OIT debe orientar sus esfuerzos a: i) asegurar una transición justa a un futuro del trabajo que contribuya al desarrollo sostenible en sus dimensiones económica, social y ambiental; ii) aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad, inclusive mediante el diálogo social, para lograr trabajo decente y desarrollo sostenible y asegurar así *la dignidad*, la realización personal y una distribución equitativa de los beneficios para todos”.

hacerse notar que el Convenio entró en vigor el 5 de septiembre de 2013 tras alcanzarse el mínimo número de ratificaciones (dos) previsto en su artículo 21.2.

Lamentablemente, España sigue teniendo como asignatura pendiente dicha ratificación a fecha diciembre de 2020. A este respecto, ha criticado Jimena Quesada, dicha asimetría entre los Estados que han ratificado y los que no, una crítica que “debe leerse asimismo en términos de incongruencia con la indivisibilidad de todos los derechos y de sus garantías, susceptible de conducir incluso a una perniciosa lectura guiada por una especie de indivisibilidad de problemas sociales (violencia doméstica asociada a servicio doméstico, etc.). En definitiva, la vulnerabilidad de la mujer trabajadora migrante y de sus derechos tiene su fruto asimismo en esa vulnerabilidad de los instrumentos de derechos sociales, y civiles y políticos, teóricamente orientados a su protección, ya sea por la insuficiencia de la legislación interna, ya sea por la falta de compromiso para asumir obligaciones jurídicas internacionales en ese ámbito. Lo cual, en fin, no revela sino una suerte de cicatera miserabilidad de la estrategia política, una frecuente miserabilidad de la argumentación jurídica y de la reflexión académica (parca y falta de compromiso ético con la defensa de la mujer y de los derechos sociales) y una incomprensible miserabilidad de la acción social de las organizaciones de la sociedad civil a la hora de ser más exigentes con las autoridades competentes”¹³⁷.

Más lamentable aún es la circunstancia de que, no únicamente España, sino que ningún país de la UE, haya ratificado la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990. Es cierto que no se trata de un tratado específicamente de la OIT, sino adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 (volveremos después sobre dicho tratado); pero no es menos cierto que dicha Convención se basa en los instrumentos vinculantes y no vinculantes previos de la OIT en dicho ámbito, como recuerda en su Preámbulo, en donde los Estados Partes en la Convención tienen en cuenta “los principios y normas establecidos en los instrumentos pertinentes elaborados en el marco de la OIT, en especial el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (No. 97), el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores

¹³⁷ JIMENA QUESADA, Luis, “La protección de los derechos de las trabajadoras migrantes en el ordenamiento constitucional español”, en el colectivo *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en Homenaje a la Profesora Julia Sevilla*, Valencia, Corts Valencianes, Valencia, 2014, p. 339.

migrantes (No. 143), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 86), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No.151), el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (No. 29) y el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (No. 105)”.

2.1.3. Otros estándares generales y específicos de Naciones Unidas

El lógico punto de partida de los estándares de Naciones Unidas debe ser su instrumento constitutivo, esto es, la Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945, en cuyo Preámbulo se expresa que “los pueblos de las Naciones Unidas” se hallan resueltos “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en *la dignidad* y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”; y reviste interés que, a renglón seguido, se realce de alguna manera la dimensión social de la dignidad, pues inmediatamente se añade que se encuentran asimismo resueltos “a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”, así como “a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”¹³⁸.

Por su lado, como es conocido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH) fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, y destaca el concepto de dignidad invocado en su Preámbulo donde dice que “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; para luego afirmar en su artículo 1 que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Esta Declaración es de suma importancia en el momento de reconocer los derechos humanos, ya que se considera el primero de los textos normativos de carácter internacional que son válidos

¹³⁸ De manera prácticamente coetánea, la Constitución de la importante agencia u organismo especializado que es la UNESCO, adoptada en Londres el 16 de noviembre de 1945, reafirmó en su Preámbulo “que la grande y terrible guerra que acaba de terminar no hubiera sido posible sin la negación de los principios democráticos de la *dignidad*, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres, y sin la voluntad de sustituir tales principios, explotando los prejuicios y la ignorancia, por el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas”. Y se incide seguidamente en “que la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua”.

para la interpretación del contenido de la Constitución española (señaladamente, el paradigmático mandato interpretativo de su artículo 10.2)¹³⁹, en lo que a derechos fundamentales y libertades se refiere, siendo el más explícito en la materia que nos ocupa el apartado 3 del artículo 23¹⁴⁰.

En todo caso, como ya se ha anticipado y ha sido subrayado por Monereo, “la dignidad no puede sino tener también una eminente dimensión social, que conduce al derecho a la existencia digna de la persona. El artículo 23.3 de la DUDH, hace referencia nítidamente a una existencia conforme a la dignidad humana”¹⁴¹. Efectivamente, en el propio Preámbulo se da cuenta de esa vertiente social cuando se afirma “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

Semejante conexión con la libertad se proyecta, ciertamente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, firmado por España el 28 de septiembre de 1976 y ratificado el 27 de abril de 1977. Los Estados firmantes estiman que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” y reconocen que “estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”¹⁴². Asimismo, la

¹³⁹ Por todos, puede leerse la obra de SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

¹⁴⁰ En la Declaración Universal de los Derechos Humanos DUDH se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos. Los artículos que hacen referencia a la dignidad son, a parte del 1, el 4 (implícitamente a través de la prohibición de los atentados a la integridad), 6 (implícitamente asimismo a través del reconocimiento a todo ser humano de su personalidad jurídica), 12 (de modo también implícito a través de la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada, familia, domicilio o correspondencia de una persona, o de ataques a su honra o a su reputación), 22 (“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”) y 23 (cuyo apartado 3, en efecto, establece que “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”).

¹⁴¹ MONEREO PÉREZ, José Luis, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, op. cit., p. 172.

¹⁴² Los concretos artículos que se refieren a la dignidad (de manera implícita, con la excepción del artículo 10) en este Pacto son el 7 (prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o

protección específica de la libertad se contempla expresamente en el artículo 10 que dice “Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con respeto a la dignidad inherente al ser humano”. Si acaso, podemos añadir que la dimensión social de la dignidad ha sido reforzada por la interpretación llevada a cabo por el Comité de Derechos Humanos¹⁴³.

Expresado lo cual, es obviamente el otro Pacto de Naciones Unidas, adoptado en la misma fecha y lugar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), el que realza la vertiente social de la dignidad y sus perfiles laborales. Así, enuncia ya en su Preámbulo que “la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana... Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”. Este Tratado no obliga a los Estados firmantes a concretar los derechos enunciados –a diferencia de lo que ocurre con el PDCA– sino que dispone que los Estados tendrán que tomar las medidas necesarias para alcanzar de forma progresiva y en la medida de lo que les permitan sus recursos disponibles la plena realización de esos derechos (artículo 2.1).

Profundizado justamente en la ya reseñada dimensión social de la dignidad en el trabajo, el objetivo del Pacto es asegurar la calidad de vida en la sociedad; y una de las bases en la que se fundamenta la dignidad es el trabajo como fuente del desarrollo del hombre, debiendo reconocerse y garantizarse en condiciones de igualdad y con respeto a la dignidad del trabajador. Por este motivo, los derechos laborales consagrados en el Pacto obligan a los Estados firmantes a garantizar, de forma expresa, ciertas condiciones de trabajo.

degradantes, así como a sometimiento sin consentimiento a experimentos médicos o científicos), 8 (prohibición de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio), 10 (ya mencionado en el cuerpo del texto), 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica a todo ser humano) y 17 (no injerencias en la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia).

¹⁴³ Un balance de esa interpretación en clave social del Pacto de Derechos Civiles y Políticos puede consultarse en el trabajo de SALVIOLI, Fabián Omar, “Protección de los derechos sociales en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: la necesidad de fijar una estrategia a favor de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos”, en Jimena Quesada, L. y Terol Becerra, M. (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 459-469; en concreto, dicho autor ha destacado que “el necesario avance del Comité de Derechos Humanos hacia la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de manera no excluyente de los derechos económicos, sociales y culturales, requerirá del aporte decidido de la sociedad civil nacional e internacional, que siempre ha sido el motor y la vanguardia de los desarrollos en materia de tutela de los derechos y libertades de la persona humana” (p. 468).

Los derechos laborales se contemplan en los artículos 6, 7 y 8 del PIDESC, siendo el 7 el único que explícitamente alude a la dignidad. Concreta y respectivamente, los Estados Partes en el Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho (artículo 6.1); reconocen igualmente el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y especialmente: “a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia *dignas* para ellos y para sus familias” (artículo 7)¹⁴⁴; y se comprometen asimismo a garantizar los derechos de sindicación y acción colectiva, entre ellos el de huelga (artículo 8). Por lo demás, en el texto articulado del Pacto, la otra disposición que alude expresamente a la dignidad es el artículo 13, en el ámbito de los derechos educativos¹⁴⁵.

Todo lo anterior sin perjuicio de que, como se analizó en el epígrafe precedente, en el ámbito internacional, los derechos laborales debido tanto a su valor intrínseco, histórico y necesario como a su condición indispensable para el goce de otros derechos humanos, se encuentran reconocidos en otros tratados y pactos, así como instrumentos no vinculantes como Recomendaciones y Declaraciones, adoptados en el seno de un organismo internacional especializado, la OIT¹⁴⁶. De hecho, en la doctrina se ha puesto de manifiesto que la redacción del específico artículo 7 del PIDESC, a la luz de sus

¹⁴⁴ Un reciente análisis exhaustivo del artículo 17 del PIDESC, con referencias no únicamente a la interpretación del Comité DESC, sino en sus sinergias con otros mecanismos universales y regionales de protección de derechos humanos, en el comentario a dicha disposición de JIMENA QUESADA, Luis, y DE SCHUTTER, Olivier, “Article 7”, en Decaux, E. y De Schutter, O. (dirs.), *Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – Commentaire article par article*, Éditions Economica, París, 2019, pp. 206-234.

¹⁴⁵ Concretamente, el apartado 1 del artículo 13 del Pacto dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su *dignidad*, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

¹⁴⁶ RIVA PALACIO LAVÍN, Antonio, *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D. F., 2012, p. 34.

Trabajos Preparatorios, se inspiró más en los Convenios de la OIT que en la Declaración Universal de 1948¹⁴⁷.

De todas maneras, al lado de la obra de la OIT, el PIDESC ofrece esas relevantes disposiciones socio-laborales susceptibles de optimizar la dignidad del trabajo de cualquier persona, también de las extranjeras. A tal efecto, además del sistema de monitorización de informes establecido en el PIDESC de 1966 y del funcionamiento del más reciente mecanismo de peticiones o comunicaciones individuales ante el Comité DESC instaurado mediante el Protocolo Facultativo de 2008 (a semejanza del sistema de peticiones individuales ante el Comité de Derechos Humanos para el PDCP de 1966)¹⁴⁸, el desarrollo más significativo del contenido de los derechos consagrados en el PIDESC se produce a través de las denominadas Observaciones Generales.

Sí, el Comité DESC, en la Observación General núm. 18 sobre “El derecho al trabajo (art. 6)” opina de modo muy explícito que “*El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad*”¹⁴⁹.

A tenor del apartado 4 de la misma Observación General núm. 18, “el derecho al trabajo, amparado en el PIDESC, afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta. Esta definición

¹⁴⁷ RAMCHARAN, Bertrand (ed.), “The Travaux Préparatoires of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 17.

¹⁴⁸ El Protocolo facultativo al Pacto DESC fue adoptado por la Asamblea General en la emblemática fecha del 10 de diciembre de 2008, y el mecanismo de comunicaciones o denuncias individuales que establece es análogo al instaurado a través de otros instrumentos de la ONU (Protocolos Facultativos al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, o el artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial). España ratificó ese Protocolo facultativo el 23 de septiembre de 2010, convirtiéndose en el tercer país (y primero europeo) en ratificar ese Protocolo (antes lo hicieron Ecuador y Mongolia), que entró en vigor a partir del 5 de mayo de 2013 tras alcanzarse la décima ratificación requerida (la de Uruguay, el 3 de febrero de 2013).

¹⁴⁹ Apartado 1 de la Observación General N° 18 del Comité en “Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos”, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 215 (2008), párr. 1.

subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica”. E incide en el apartado 7: “El trabajo, según reza el artículo 6 del PIDESC, debe ser un *trabajo digno*. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del PIDESC. Estos derechos fundamentales también incluyen el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo”.

Pero, sobre todo, en el apartado 8 de la misma Observación núm. 18 subraya la interdependencia de las tres disposiciones socio-laborales anteriormente mencionadas (artículos 6, 7 y 8) del PIDESC realzando su conexión intrínseca con la dignidad humana, en estos términos: “Los artículos 6, 7 y 8 del PIDESC son interdependientes. La calificación de un trabajo como *digno* presupone que respeta los derechos fundamentales del trabajador. Aunque los artículos 7 y 8 están estrechamente vinculados al artículo 6, serán abordados en observaciones generales independientes. Por lo tanto, se hará referencia a los artículos 7 y 8 solamente cuando la indivisibilidad de estos derechos así lo requiera”.

Así pues, esta Observación General núm. 18 guarda conexión con otras Observaciones Generales referentes a otras disposiciones del PIDESC. Así, por ejemplo, la primera Observación General que menciona explícitamente la dignidad es la núm. 4 relativa al “derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC)”, en cuyo apartado 7, tras resaltar el Comité DESC que “el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad”, agrega que “debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al PIDESC. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del PIDESC, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas

consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos”; se aprecia, por tanto, una referencia indirecta aquí al derecho al trabajo como principal fuente deseable de ingresos o recursos.

De igual forma, la Observación General núm. 5 (“Las personas con discapacidad”) interpreta en su apartado 25 que “el derecho ‘al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias’ (artículo 7) se aplica a todos los trabajadores con discapacidad, tanto si trabajan en instalaciones protegidas como si trabajan en el mercado laboral libre. Los trabajadores con discapacidad no deben ser objeto de discriminación por lo que se refiere a sus salarios u otras condiciones si su labor es igual a la de los demás trabajadores”. Y tampoco debe olvidarse la perspectiva de género, que aparece desarrollada en la Observación General núm. 16 (“La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales -artículo 3-”), en cuyo apartado 24 el Comité DESC esgrime que, “según el apartado a) del artículo 7 del PIDESC, los Estados Partes deben reconocer el derecho de toda persona a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias y garantizar en particular un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor”¹⁵⁰. Se profundiza en dicha perspectiva mediante la Observación General núm. 10 (“La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales –artículo 2, párrafo 2–”) y se incluyen los perfiles de la dignidad en el mundo laboral asimismo en la penúltima de las Observaciones Generales publicadas hasta la fecha¹⁵¹ (la núm. 24 de 2017: “Obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales”)¹⁵².

¹⁵⁰ Y prosigue ese apartado 24 de la Observación General núm. 16: “El artículo 3, leído juntamente con el artículo 7, obliga asimismo a los Estados Partes a identificar y eliminar las causas subyacentes de las diferencias de remuneración, como la evaluación del empleo según el género o la idea preconcebida de que existen diferencias de productividad entre el hombre y la mujer. Además, el Estado Parte debe supervisar el cumplimiento por el sector privado de la legislación nacional relativa a las condiciones de trabajo mediante una inspección del trabajo que funcione eficazmente. El Estado Parte debe adoptar medidas legislativas que prescriban la igualdad del hombre y la mujer en lo relativo a la promoción, la retribución no salarial, la igualdad de oportunidades y el apoyo al desarrollo vocacional y profesional en el lugar del trabajo. Por último, el Estado Parte debe reducir las limitaciones que encuentran hombres y mujeres para armonizar las obligaciones profesionales y familiares, promoviendo políticas adecuadas para el cuidado de los niños y la atención de los miembros de la familia dependientes”.

¹⁵¹ La última y más reciente es la núm. 25, y fue adoptada el 30 de abril de 2020: Observación General núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto DESC).

¹⁵² El apartado 19 es el que mayor interés presenta a nuestros efectos: “La obligación de proteger a veces necesita una regulación e intervención directas. Los Estados partes deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas como restringir la comercialización y la publicidad de determinados bienes y servicios a

Ahora bien, procede especialmente mencionar la más específica y también reciente Observación General núm. 23 de 2016, que versa particularmente sobre el “Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7)”. En ella destaca el Comité DESC: “Los criterios mínimos de la remuneración son los siguientes: un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie, garantizándose en particular a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual (art. 7 a i)); y unas *condiciones de existencia dignas para los trabajadores y sus familias* (art. 7 a ii))”. Y esas condiciones exigidas por la dignidad humana para las personas trabajadoras y sus familias son objeto de concreción en los apartados 18 a 24¹⁵³. En coherencia con ello, para garantizar la

fin de proteger la salud pública, por ejemplo, los productos de tabaco, de conformidad con el Convenio Marco para el Control del Tabaco, y los sucedáneos de la leche materna, de conformidad con el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna, de 1981, y las resoluciones posteriores de la Asamblea Mundial de la Salud; luchar contra los estereotipos de género y la discriminación; ejercer un control sobre los alquileres en el mercado privado de la vivienda, según sea necesario, para proteger el derecho de toda persona a una vivienda adecuada; establecer un salario mínimo acorde con *un salario digno y una remuneración justa*; regular otras actividades empresariales relacionadas con los derechos a la educación, el empleo y la salud reproductiva del Pacto, a fin de combatir eficazmente la discriminación por motivos de género; y eliminar de manera progresiva las formas de empleo informales o “no estructuradas” (es decir, precarias) que a menudo dan lugar a la denegación a los trabajadores interesados de la protección de la legislación laboral y la seguridad social”.

¹⁵³ A pesar de su extensión, merece la pena transcribir dichos apartados: «18. La “remuneración”, estrechamente relacionada con los conceptos de equidad e igualdad, también debe proporcionar unas “*condiciones de existencia dignas*” a los trabajadores y sus familias. Mientras que los salarios equitativos y la remuneración igual se determinan en función del trabajo realizado por un trabajador concreto, así como en comparación con otros trabajadores, la remuneración que proporciona unas *condiciones de existencia dignas* se debe determinar en función de factores externos, como el costo de la vida y otras condiciones económicas y sociales imperantes. Así pues, la remuneración debe ser suficiente para permitir al trabajador y a su familia gozar de otros derechos reconocidos en el Pacto, como la seguridad social, la atención de salud, la educación y un nivel de vida adecuado, que le permita acceder a alimentos, agua, saneamiento, vivienda y vestido y cubrir gastos adicionales, como los costos de transporte.

19. El salario mínimo es “la cuantía mínima de la remuneración que un empleador deberá abonar a sus asalariados por las prestaciones que estos hayan efectuado durante un determinado período, sin que dicha cuantía pueda ser rebajada mediante convenio colectivo ni acuerdo individual” [Definición utilizada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en diversos informes y otros documentos]. Constituye una forma de garantizar que la remuneración proporcione unas *condiciones de existencia dignas* a los trabajadores y sus familias.

20. Los Estados partes deberían priorizar la adopción de un salario mínimo sujeto a revisiones periódicas que se ajuste, al menos, al costo de la vida y prever un mecanismo para ello. Los trabajadores, los empleadores y las organizaciones que los representan deberían participar directamente en el funcionamiento de dicho mecanismo.

21. Los salarios mínimos solo son eficaces si se ajustan a los objetivos establecidos en el artículo 7. El salario mínimo debería estar reconocido en la legislación, fijarse atendiendo a los requisitos de unas *condiciones de existencia dignas* y aplicarse de forma coherente. Los elementos que han de considerarse para fijar el salario mínimo son flexibles, pero deben ser técnicamente adecuados e incluir el nivel general de salarios del país, el costo de la vida, las cotizaciones y prestaciones de la seguridad social y los niveles de vida relativos. El salario mínimo podría establecerse como un porcentaje del salario medio, siempre y cuando ese porcentaje sea suficiente para garantizar unas *condiciones de existencia dignas* a los trabajadores y sus familias [El Comité Europeo de Derechos Sociales ha señalado que para que una remuneración sea equitativa debe estar en cualquier caso por encima del umbral de pobreza del país, esto es, el 50% del salario medio nacional].

efectividad de esos derechos, el apartado 65.c) de la propia Observación núm. 23 impone a los Estados Partes en el PIDESC que “establezcan en la legislación y en consulta con los trabajadores y los empleadores, las organizaciones que los representan y otros asociados pertinentes, salarios mínimos que no sean discriminatorios y que no puedan ser derogados, fijados teniendo en cuenta los factores económicos pertinentes e indexados al costo de la vida, de manera *que se garantice una vida digna para los trabajadores y sus familias*”.

Justamente, a la luz de esta Observación General núm. 23, para cerrar el presente apartado debemos traer a colación nuevamente la ya mencionada (en el apartado precedente) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (en adelante, CTMF) de 1990. En efecto, en el apartado anterior dicha Convención fue reseñada a propósito de las fuentes inspiradoras adoptadas en el marco de la OIT. Ahora procede, además de reiterar nuestra crítica al hecho de la ausente voluntad política por parte de los países de la UE de no ratificar dicha Convención pese a ser la que entronca más directamente con la dignidad humana de la persona trabajadora extranjeras y sus familiares: de un lado, mencionar los otros tratados básicos de Naciones Unidas conexos y, de otro lado, destacar las disposiciones de la Convención que aluden explícitamente a la dignidad.

22. Al determinar el salario mínimo, es importante tener en cuenta los salarios pagados por trabajo de igual valor en los sectores sujetos a convenios colectivos salariales, así como el nivel general de los salarios del país o la localidad en cuestión. También habrán de considerarse las necesidades de desarrollo económico y social y el logro de un alto nivel de empleo, pero el Comité subraya que esos factores no deberían utilizarse para justificar un salario mínimo que no garantice unas *condiciones de existencia dignas* para los trabajadores y sus familias. Aunque el Comité es consciente de que el salario mínimo se suele congelar durante períodos de crisis económica y financiera, subraya que, para que los Estados partes cumplan lo dispuesto en el artículo 7 del Pacto, esa medida debe adoptarse como último recurso y con carácter temporal, teniendo en cuenta las necesidades de los trabajadores que se encuentran en situaciones vulnerables, y que se deberá volver al procedimiento habitual de revisión periódica y aumento del salario mínimo lo más pronto posible.

23. El salario mínimo debería aplicarse sistemáticamente, protegiendo en la mayor medida posible a todas las categorías de trabajadores, incluidos los trabajadores en situaciones vulnerables. El salario mínimo puede aplicarse de forma general o diferir en función de los sectores, las regiones, las zonas y las categorías profesionales, siempre y cuando los salarios se apliquen sin discriminación directa o indirecta y garanticen unas *condiciones de existencia dignas*. Al establecer el salario mínimo para un determinado sector o industria, no se debería infravalorar el trabajo realizado en sectores que principalmente emplean a mujeres, minorías o trabajadores extranjeros en comparación con el trabajo realizado en sectores que emplean principalmente a hombres o a nacionales. Es especialmente importante velar por que los métodos de evaluación del trabajo empleados para armonizar o ajustar los regímenes de salarios mínimos por sector o profesión no sean inherentemente discriminatorios.

24. El incumplimiento por los empleadores de las disposiciones relativas al salario mínimo debería estar sujeto a sanciones penales o de otra índole. Para garantizar la aplicación en la práctica de esas disposiciones se necesitan medidas apropiadas, como inspecciones laborales eficaces. Los Estados partes deberían facilitar información adecuada sobre el salario mínimo en los idiomas y dialectos pertinentes y en formatos accesibles a los trabajadores con discapacidad y los trabajadores analfabetos».

En cuanto a lo primero, el Preámbulo de la Convención declara que los Estados Partes en ella tienen en cuenta “los principios consagrados en los instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño”.

En lo que concierne a lo segundo, son tres las disposiciones que específicamente se refieren a la dignidad. La primera es el apartado 1 del artículo 17, en donde se establece que “todo trabajador migratorio o familiar suyo privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la *dignidad* inherente al ser humano y a su identidad cultural”. Por otra parte, en la Parte IV (bajo la rúbrica “Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares”), el apartado 1 del artículo 64 dispone que “los Estados Partes interesados se consultarán y colaborarán entre sí, según sea apropiado, con miras a promover condiciones satisfactorias, equitativas y *dignas* en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares”, mientras que el artículo 70 manda a los Estados Partes “tomar medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar que las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con *los principios de la dignidad humana*”.

2.2. En los instrumentos regionales

2.2.1. En el Consejo de Europa, con la posición prominente de la Carta Social Europea

En lo referente al Consejo de Europa (compuesto por 47 Estados miembros) tenemos dos instrumentos interesantes para el tema que tratamos.

El primero es el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España en 1979, modificado por sucesivos protocolos (concretamente, 16 hasta la fecha). Este instrumento consagra la dignidad humana de manera explícita, significativamente como única referencia aislada, en el

Protocolo número 13¹⁵⁴ relativo a la abolición de la pena de muerte, reconoce la dignidad inherente a todo ser humano, con el convencimiento de que “el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano”.

Pese a dicha referencia explícita aislada, obviamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha desarrollado en su jurisprudencia el juego de la dignidad humana de modo transversal como verdadero núcleo axiológico de todos los derechos fundamentales¹⁵⁵ y, por consiguiente, también en el ámbito del derecho al trabajo. En esta línea, bastará en el presente capítulo con aludir a dos recientes y relevantes sentencias, una de ellas contra España.

Efectivamente, en la Sentencia del TEDH *López Ribalda y otros contra España* de 17 de octubre de 2019 (Gran Sala), sobre videovigilancia en el lugar de trabajo que afectó a unas cajeras y vendedoras en un conocido supermercado, si bien el TEDH llegó a la conclusión de no violación del artículo 8 del CEDH (vida privada y familiar) a propósito de la protección de datos¹⁵⁶, analiza en el apartado 19 el marco jurídico español en la época de los hechos, el cual “había fijado un marco normativo destinado a proteger la vida privada de los asalariados en una situación como la de autos”, subrayando que “el no respeto de dichas garantías podía dar lugar a sanciones administrativas y a la exigencia de responsabilidad civil del responsable del tratamiento de los datos. Además, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores limitaba el poder de vigilancia del empleador con respecto al cumplimiento de las obligaciones profesionales de los asalariados exigiendo que las medidas adoptadas al efecto *no comportaran un atentado a la dignidad humana*. Por otra parte, las reglas de procedimiento aplicables imponían a las jurisdicciones internas descartar todo medio de prueba obtenido en violación de un derecho fundamental. Por último, existía una jurisprudencia de las jurisdicciones ordinarias y del Tribunal Constitucional que exigía que las medidas atentatorias contra la vida privada de los asalariados persigan un fin legítimo (‘criterio de la adecuación’), sean necesarias para el fin perseguido (‘criterio de

¹⁵⁴ Protocolo número 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia fue firmado en Vilnius el 03-05-2012 por todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

¹⁵⁵ MAURER, Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme*, La Documentation française, París, 1999, p. 74.

¹⁵⁶ A conclusión violatoria de dicha disposición convencional sí había llegado, por el contrario, en la previa Sentencia de la Sala, dictada en fecha 9 de enero de 2018.

la necesidad’) y sean proporcionadas a las circunstancias de cada caso (‘criterio de la estricta proporcionalidad’)

La segunda Sentencia del TEDH es la dictada en fecha 30 de marzo de 2017 en el caso *Chowdury y otros c. Grecia*, en el marco de un supuesto de flagrante explotación laboral de personas extranjeras en situación irregular, con trata de seres humanos claramente atentatoria contra la dignidad humana¹⁵⁷, concluyéndose la violación del artículo 4.2 CEDH¹⁵⁸. Para alcanzar dicha conclusión, en el apartado 93 de la sentencia “el Tribunal reitera que no pueden existir dudas acerca de que *la trata amenaza a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las víctimas*, que no puede ser considerada compatible con una sociedad democrática y con los valores expuestos en el Convenio, y alude a su jurisprudencia más importante de la que se deriva que la trata de seres humanos se encuentra comprendida en el marco del artículo 4 del Convenio. (...) Ello, no obstante, *la explotación laboral también puede ser una de las finalidades de la trata de seres humanos y los tribunales griegos examinaron el caso desde esta perspectiva*”¹⁵⁹. Sobre esta cuestión reflexionamos en profundidad en el capítulo 4.

¹⁵⁷ Los demandantes eran 42 ciudadanos de Bangladesh y de Pakistán en situación irregular sin permiso de trabajo que fueron reclutados en Atenas y en otros lugares de Grecia, en diversas fechas, para trabajar en la mayor finca de recolección de fresas de la región de Manolada, y alegaban ser víctimas de trabajos forzados.

¹⁵⁸ Concretamente, la conclusión que sintetiza la *ratio decidendi* incluida en el fallo se contiene en el apartado 128 de la sentencia: “Ha habido por tanto una violación del artículo 4§2 al haber fallado el Estado demandado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho precepto y, concretamente, en la obligación de prevenir la situación de trata de seres humanos, de proteger las víctimas, de llevar a cabo una efectiva investigación de los delitos así como de castigar a los autores del delito de trata de seres humanos”.

¹⁵⁹ Y prosigue el TEDH en ese apartado 93 y siguientes: «Este aspecto se puede constatar en el artículo 4(a) del Convenio del Consejo de Europa sobre trata de seres humanos, según el cual “la explotación comprenderá, como mínimo, el aprovechamiento de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos” (ver párrafo 42). En otras palabras, la explotación a través del trabajo es una de las formas de explotación comprendida en la definición de trata de seres humanos, lo que resalta la intrínseca relación entre trabajo forzoso u obligatorio y trata de seres humanos (ver párrafos 85-86 y 89-90 del Informe Explicativo adjunto al Convenio sobre Trata de Seres Humanos, párrafo 43). La misma idea se observa claramente en el artículo 323 del Código Penal, aplicado en el presente caso (ver párrafo 33). En el caso que nos acontece, el Tribunal señala que los demandantes fueron reclutados en diversas fechas comprendidas entre octubre de 2012 y febrero de 2013 y que habían estado trabajando al menos hasta el día de los hechos, el 17 de abril de 2013, sin haber recibido los salarios que les eran debidos. Si bien es cierto, que los empleadores les ofrecían alojamiento y pensión por bajo precio (3 euros al día), sus condiciones tanto de vida como laborales eran especialmente penosas: trabajaban diariamente en invernaderos desde las 7 am hasta las 7 pm, recogiendo fresas bajo la supervisión de guardas armados contratados por T. A.; vivían en improvisadas chozas de cartón, nylon y bambú y sin baños o agua corriente; sus empleadores no les pagaron, diciéndoles que solamente cobrarían si continuaban con sus servicios.

94. El Tribunal también constata que los demandantes no tenían permiso de residencia ni de trabajo, siendo estos conscientes de que su situación irregular conllevaba el riesgo de ser detenidos y expulsados del territorio griego. Un intento de abandonar sus puestos de trabajo habría conllevado sin ninguna duda

El otro instrumento de referencia, indudablemente el que ocupa una posición más prominente en el ámbito que es objeto de nuestra investigación, es la Carta Social Europea (en adelante, CSE) proclamada en Turín el 18 de octubre de 1961, ratificada por España en 1980. Fue revisada en 1996 a fin de actualizar el contenido teniendo en cuenta los fundamentales cambios sociales producidos, revisión aún no ratificada por España (como tampoco ha aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas instaurado mediante el Protocolo de 1995), a diferencia de nuestros países vecinos (Francia, Italia o Portugal, que han aceptado ambos compromisos), incurriendo así en un claro déficit de democracia social incongruente con el adjetivo social de la fórmula proclamada en el artículo 1.1 CE (“Estado social y democrático de Derecho”)¹⁶⁰.

Importa tener en cuenta que todo progreso socioeconómico como el pretendido por la CSE implica tomar en cuenta factores básicos, principalmente, los altos gastos adicionales que alude a la mejora de las condiciones laborales, gastos que han de soportar el Estado o los empresarios. Esto a su vez redundaría en el aumento del coste y de los precios de los bienes producidos en el lugar donde se intenta realizar esa mejora social. Por tal motivo, el Estado o Estados se ven obligados a convencer a los demás de su entorno para que lleven a cabo un avance socioeconómico similar, para no perder competitividad en el ámbito exterior. En otros términos, se impone una concertación social internacional¹⁶¹. Siendo que esa dimensión social de la dignidad humana está en juego, no debería ser difícil ese consenso social; sin embargo, como venimos reiterando ese consenso no existe en el ámbito europeo, ni para ratificar la mencionada

un mayor riesgo de que aquello ocurriera, así como la pérdida de toda esperanza de cobrar los salarios que les eran debidos, ni siquiera parcialmente. Además, los demandantes que no habían recibido pago alguno, no podrían ni vivir en otra parte de Grecia ni abandonar el país.

95. Además, el Tribunal considera que cuando un empleador abusa de su poder o toma ventaja de la vulnerabilidad de sus trabajadores con el fin de explotarles, los trabajadores no se presentan voluntariamente al trabajo. El consentimiento previo de la víctima no es suficiente para excluir la calificación de trabajo forzoso. La cuestión del ofrecimiento individual de manera voluntaria para trabajar debe ser examinada a la luz de todas las circunstancias concurrentes al caso.

96. Así, el Tribunal observa que los demandantes comenzaron a trabajar cuando se encontraban en situación de vulnerabilidad, como migrantes en situación irregular, sin recursos y con riesgo de ser arrestados, detenidos y deportados. Los demandantes constataron, probablemente, que en el caso de que dejaran de trabajar nunca cobrarían los sueldos debidos, cuyo montante se incrementaba con el transcurso de los días. E incluso, cuando los demandantes hubieran asumido tal circunstancia, hay que destacar que se habrían ofrecido voluntariamente para trabajar creyendo de buena fe que recibirán sus salarios, por lo que, la situación cambió por la conducta de los empleadores».

¹⁶⁰ Al margen de otros trabajos posteriores del autor, este déficit ya fue denunciado por JIMENA QUESADA, Luis, “Retos pendientes del Estado social español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996”, *Nuevas Políticas Públicas*, núm. 2 (monográfico sobre *Los derechos sociales*), Junta de Andalucía/Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006, pp. 41-70.

¹⁶¹ JIMENA QUESADA, Luis, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 22.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 (ni un solo país miembro de la UE) ni para ratificar la CSE revisada de 1996 del Consejo de Europa (la han ratificado 34 países, mientras que otros 9 –entre ellos, como se decía, España– siguen anclados en la originaria CSE de 1961, y otros 4 países –Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza– no han aceptado siquiera ni la una ni la otra).

Dicho lo cual, con respecto a la dignidad, la CSE de 1961 únicamente recoge la referencia a la dignidad humana de manera implícita a través de otras nociones, como condiciones de trabajo “equitativas” (artículo 2) o remuneración que permita al trabajador y su familia un nivel de vida “decoroso” (artículo 4, sobre derecho a una remuneración equitativa)¹⁶². El texto revisado de 1996 de la CSE alude ya explícitamente a la dignidad en el terreno del derecho de las personas mayores a la protección social (artículo 23 –que coincide con el artículo 4 del Protocolo de 1988, ratificado por España–)¹⁶³ y, sobre todo, desde la específica perspectiva del presente estudio, del derecho a la dignidad en el trabajo (artículo 26). Esta última disposición dispone, específicamente, que “para garantizar el *ejercicio efectivo del derecho de todos los trabajadores a la protección de su dignidad en el trabajo*, las Partes se comprometen, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores: 1) a promover la sensibilización, la información y la prevención en materia de acoso sexual en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, y a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas; 2) a promover la sensibilización, la información y la prevención por lo que respecta a actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, y a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas”.

En todo caso, es la interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS) a través de su jurisprudencia elaborada en el marco de los dos

¹⁶² Según el artículo 4 de la CSE: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes se comprometen: 1) a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso; (...)”.

¹⁶³ El artículo 23 de la CSE revisada de 1996 establece: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular: - a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante: a) recursos suficientes que les permitan llevar *una vida digna* y participar activamente en la vida pública, social y cultural; (...)”.

mecanismos de control sobre la efectividad de los derechos consagrados en la CSE¹⁶⁴ (tanto el preceptivo sistema de informes establecido en la CSE de 1961 como el facultativo procedimiento de reclamaciones colectivas instaurado mediante el Protocolo de 1995), la que ha dotado de dinamismo a la dignidad humana como valor transversal y en el concreto ámbito laboral. Así, en la decisión de fondo de 3 de noviembre de 2004 sobre la reclamación colectiva núm. 14/2003, el CEDS subrayó que “la dignidad humana representa el valor fundamental que se encuentra en el corazón del Derecho positivo en materia de derechos humanos -tanto en la Carta Social Europea como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos-”¹⁶⁵, tras recordar que “el objetivo de la Carta, como instrumento vivo vinculado a los valores de dignidad, de igualdad y de solidaridad, es dar vida y sentido en Europa a los derechos sociales fundamentales de todo ser humano”¹⁶⁶.

En lo que respecta a la específica interpretación del artículo 26 CSE revisada de 1996, que el CEDS ha llevado a cabo especialmente en el sistema de informes, dicho órgano de supervisión ha argumentado que “de conformidad con los apartados 1 y 2 de dicha disposición, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias en materia de prevención y reparación para proteger a los trabajadores contra el acoso, sexual y moral. En particular, incurre en responsabilidad el empleador en caso de acoso que involucre a sus empleados o cuando dichas acciones se cometan en las instalaciones de las que es responsable, incluso por parte de terceros. Las víctimas de acoso deben poder apelar ante un organismo independiente para obtener una reparación, y la legislación civil debe prever una inversión de la carga de la prueba. Los recursos legales efectivos deben incluir una compensación adecuada para cubrir daños materiales y morales y, cuando corresponda, la readmisión de las víctimas a su puesto, incluso cuando hayan renunciado debido al hostigamiento”¹⁶⁷.

Para concluir este epígrafe vale la pena reiterar que un trabajo digno debe ser la principal fuente de ingresos para la persona trabajadora y su familia, para que tenga

¹⁶⁴ Al respecto, ha apuntado BRILLAT, Régis, “La Charte sociale européenne et le contrôle de son application”, en Aliprantis, N. (ed.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruylant, Bruselas, 2009, p. 44: “el término ‘jurisprudencia’ utilizado desde hace años ya ha adquirido plena significación”.

¹⁶⁵ *Fondation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, réclamation n° 14/2003, décision sur le bien-fondé du 3 novembre 2004, §31.

¹⁶⁶ *Ibidem*, §§ 29.

¹⁶⁷ JIMENA QUESADA, Luis, “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2018-2019”, *Lex Social*, vol. 2, núm. 10, p. 775.

condiciones de existencia o de vida dignas. Por ello, sobre la base del artículo 30 CSE revisada (derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social), el CEDS ha afirmado en su jurisprudencia que “el hecho de vivir en situación de pobreza o exclusión social atenta contra la dignidad del ser humano”¹⁶⁸.

2.2.2. En la Unión Europea, con la difusa evolución entre estándares vinculantes y programáticos

En cuanto al Derecho de la UE, ciertamente el instrumento vinculante de referencia es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 e integrada en el Tratado de Lisboa (vigente desde el 1 de diciembre de 2009), en cuyo preámbulo manifiesta que “Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”. A continuación, en su artículo 1 dice “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”, cuya redacción se ha inspirado tanto en instrumentos internacionales (por ejemplo, la DUDH de 1948) como en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)¹⁶⁹.

A continuación, por supuesto, la disposición más específica en lo que atañe a nuestra investigación es el artículo 31.1 (sobre condiciones de trabajo justas y equitativas), en donde se dispone que “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”. Esta disposición, como bien ha expresado Monereo, contempla expresamente el valor de la dignidad social en la

¹⁶⁸ *Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux*, Estrasburgo, diciembre 2018, p. 221.

¹⁶⁹ Resulta interesante traer a colación la Explicación sobre este artículo 1 CDFUE que se contiene en sus Explicaciones anejas: “*Explicación relativa al artículo 1 — Dignidad humana*. La dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra la dignidad humana en su Preámbulo: «...Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.» En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70 a 77, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho”.

CDFUE¹⁷⁰. Con este espíritu, en la Explicación aneja del artículo 31.1 CDFUE es interesante comprobar que se mencionan otros instrumentos europeos conexos del Consejo de Europa (con específica mención al artículo 26 CSE revisada de 1996), así como algunas normas de Derecho derivado o secundario de la propia UE: “El apartado 1 de este artículo se basa en la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Se inspira igualmente en el artículo 3 de la Carta Social Europea y en el punto 19 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, así como, en lo que se refiere al derecho a la dignidad en el trabajo, en el artículo 26 de la CSE revisada. La expresión «condiciones laborales» debe entenderse según el sentido del artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”¹⁷¹, (en adelante, TFUE).

Por lo demás, podrían mencionarse otras disposiciones conexas, de alcance laboral directo o indirecto, en el seno de la propia CDFUE; las cuales, si bien no aluden explícitamente a la dignidad, sí entroncan con ella claramente. Bastará a nuestros efectos mencionar estas dos: por un lado, el artículo 5 (que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado), que se basa según las Explicaciones anejas de la CDFUE en el artículo 4 CEDH y, adicionalmente, en dichas Explicaciones se conecta con la lucha contra la trata y la explotación laboral, lo que nos recuerda la STEDH, anteriormente citada, en el caso *Chowdury y otros contra Grecia* de 20 de marzo de 2017¹⁷²; y, por otro lado, el

¹⁷⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, op.cit., p. 212.

¹⁷¹ *Explicación relativa al artículo 31 — Condiciones de trabajo justas y equitativas.*

¹⁷² Concretamente, a tenor de la *Explicación relativa al artículo 5 — Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado*: “El derecho inscrito en los apartados 1 y 2 del artículo 5 corresponde a los apartados 1 y 2 del artículo 4 del CEDH, de análogo tenor. Tiene por lo tanto el mismo sentido y alcance que este último artículo, con arreglo al apartado 3 del artículo 52 de la Carta. (...) El apartado 3 se deriva directamente de la dignidad de la persona humana y tiene en cuenta las recientes tendencias en el ámbito de la delincuencia organizada tales como la organización de redes lucrativas de inmigración clandestina o de explotación sexual. En el anexo del Convenio Europol figura la definición siguiente referida a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual: «Trata de seres humanos: El acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con vistas a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de *niños*.» En el capítulo VI del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, integrado en el acervo de la Unión, en el que participan el Reino Unido e Irlanda, figura en el apartado 1 del artículo 27 la formulación siguiente referida a las redes de inmigración ilegal: «Las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros.» El 19 de julio de 2002, el Consejo adoptó una Decisión marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, y en el artículo 1 de dicha Decisión marco se establecen específicamente las infracciones relacionadas con

artículo 34 CDFUE (Seguridad social y ayuda social), cuyo apartado 3 consagra el derecho a una “existencia digna”¹⁷³, lo cual, como ha expresado Monereo, “hace referencia a la existencia de la persona dentro y fuera de la actividad productiva. E impone la creación pública tanto de un estatuto protector general de la persona como un estatuto protección de la persona que trabaja a través del empleo y de su posición en el mercado de trabajo (transiciones laborales o profesionales). Y es evidente que se remita a los derechos sociales, económicos y culturales en su conjunto, vinculados o no al trabajo productivo”¹⁷⁴.

Para completar el presente epígrafe no pueden eludirse unas referencias al nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales (propuesto por el presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, en su Discurso sobre el estado de la Unión ante el Parlamento Europeo el 9 de septiembre de 2015), el cual comportó la mera adopción de una declaración solemne (“*soft-law*”, sin valor vinculante) por las instituciones políticas de la UE el 17 de noviembre de 2017 en la Cumbre Social de Gotemburgo (Suecia)¹⁷⁵. En lo que nos interesa, el Pilar dedica el segundo de sus tres capítulos a “Condiciones de trabajo justas”¹⁷⁶, incluyendo en dicho capítulo seis de los veinte objetivos, concretamente los objetivos 5 a 10, los cuales se llevan por rúbrica sucesivamente “empleo seguro y adaptable” (objetivo 5), “salarios” (objetivo 6), “información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido” (objetivo 7), “diálogo social y participación de los trabajadores” (objetivo 8), “equilibrio entre vida profesional y vida privada” (objetivo 9) y “entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos” (objetivo 10).

la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, cuya punibilidad deben garantizar los Estados miembros en aplicación de dicha Decisión marco”.

¹⁷³ Vale la pena recordar las fuentes inspiradoras de dicho apartado 3 del artículo 34 CDFUE que se mencionan en las Explicaciones anejas: “*Explicación relativa al artículo 34 — Seguridad social y ayuda social*. El apartado 3 se inspira en el artículo 13 de la Carta Social Europea y en los artículos 30 y 31 de la Carta Social revisada, así como en el punto 10 de la Carta Comunitaria. La Unión debe respetar tal derecho en el marco de las políticas basadas en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Como es sabido, el artículo 13 CSE reconoce el derecho a la asistencia médica y social (de esta segunda deriva el CEDS su análisis sobre las rentas mínimas garantizadas o ingreso mínimos vitales, etc.), mientras que los artículos 30 y 31 CSE revisada consagran, respectivamente, el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social y el derecho a la vivienda.

¹⁷⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, op. cit., p. 172.

¹⁷⁵ Véase el texto oficial de la *Proclamación interinstitucional sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales* por parte del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en el DOUE de 13 de diciembre de 2017 (2017/C 428/09).

¹⁷⁶ Concretamente, el Pilar se estructura en un Preámbulo y en tres capítulos que comprenden veinte objetivos: el Capítulo I lleva por rúbrica “Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo”, el Capítulo II “Condiciones de trabajo justas” y el Capítulo III “Protección e inclusión social”.

Pues bien, de esos seis objetivos, es el sexto justamente, consagrado a los salarios, el único que alude explícitamente a la dignidad, en la línea de nuestro estudio. Dice así dicho objetivo 6: “a. Los trabajadores tienen derecho a salarios justos que proporcionen *un nivel de vida digno*. b. Deberá garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo. Deberá evitarse la pobreza de los ocupados. c. Todos los salarios deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales”¹⁷⁷.

Sea como fuere, y como balance de este epígrafe, suscribimos la crítica formulada por Tomás Mallén¹⁷⁸ a las insuficiencias de la UE en el ámbito de los derechos sociales y la consecuente necesaria toma en consideración de la Carta Social Europea para caminar hacia “la optimización de estándares comunes de derechos humanos en Europa” reduciendo desigualdades y asimetrías.

2.2.3. Algunos apuntes de Derecho Internacional comparado de los derechos humanos, con referencia a América y África

En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos creado en 1948 en el seno de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), el tratado básico de referencia, análogo en cierta medida al CEDH (y, por tanto, reconociendo básicamente derechos civiles y políticos, sin perjuicio de las conexiones o implicaciones de carácter socio-económico), es la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (conocida también como Pacto de San José de Costa Rica), siendo los dos órganos esenciales de garantía del sistema la Comisión (con sede en Washington) y la Corte (con

¹⁷⁷ Las otras tres referencias explícitas del Pilar a la dignidad se incluyen entre los objetivos (11 a 20) del capítulo III, concretamente en el objetivo 14 sobre renta mínima (“Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen *una vida digna* a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”), en el objetivo 15 sobre pensiones y prestaciones de vejez (“a. Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia tienen derecho a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada. Las mujeres y los hombres deberán tener las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión. b. Toda persona en la vejez tiene derecho a los recursos que garanticen *una vida digna*”) y en el objetivo 17 sobre inclusión de las personas con discapacidad (“Las personas con discapacidad tienen derecho a una ayuda a la renta que garantice una vida digna, a servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades”).

¹⁷⁸ TOMÁS MALLÉN, Beatriz, “European Union and Human Rights: Reducing Inequalities and Asymmetries in the Context of the Economic Crisis”, en Carmo, R. M., Rio, C. y Medgyesi, M. (eds.): *Reducing Inequalities: A Challenge for the European Union?*, London, Palgrave Macmillan, 2018, en particular pp. 185-186.

sede en Costa Rica) Interamericanas de Derechos Humanos. En este sentido, en la Convención Americana son tres las disposiciones que contienen referencias explícitas a la dignidad, a saber: en primer lugar, el artículo 5, que reconoce el derecho a la integridad personal, en donde se añade que “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”); en segundo lugar, el artículo 6, en donde se prohíbe la esclavitud y la servidumbre, estableciéndose en el su apartado 2 una disposición de gran interés para nuestro estudio, al mandar que “El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”; y, en tercer lugar, el artículo 11, el cual dispone que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Como se decía, la Convención Americana contiene esencialmente derechos civiles y políticos, reduciéndose a una sola cláusula genérica el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales -DESC- (artículo 26)¹⁷⁹. Ahora bien, la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas han desarrollado esas conexiones sociales: así, por ejemplo, en las sentencias dictadas en el caso *Cinco Pensionistas contra Perú* (de 28 de febrero de 2003) o en el caso *Trabajadores casados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)* contra Perú (de 24 de noviembre de 2006), la Corte Interamericana realizó interesantes observaciones sobre la realización progresiva de los DESC, como bien ha expuesto Ribero Leao en comparación con el sistema europeo¹⁸⁰.

De todos modos, y sin perjuicio de esa jurisprudencia social “conexa” y clásica de la Corte Interamericana¹⁸¹, en la evolución del sistema interamericano el tratado crucial a nuestros efectos es el Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988, asimismo conocido como “Protocolo de San Salvador”; lo cual ha dotado de bases jurídicas más explícitas y

¹⁷⁹ El artículo 26 (bajo la rúbrica “desarrollo progresivo”) integra el capítulo III de la Convención Americana, y presenta la siguiente redacción: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

¹⁸⁰ RIBEIRO LEAO, Renato Zerbini, *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, 2009, pp. 314-316 y pp. 327-332.

¹⁸¹ En la doctrina se ha puesto el acento en esa técnica hermenéutica clásica, similar a la utilizada por el TEDH: concretamente, BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Jimena Quesada, L. y Terol Becerra, M. (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, op.cit., pp. 471-492, especialmente el apartado “Una protección clásica a través de los derechos civiles y políticos” (pp. 481 y ss.).

sólidas (y, por tanto, mayor seguridad jurídica) al disfrute de los DESC y, por tanto, a la tarea interpretativa de la Comisión y de la Corte Interamericanas¹⁸². Concretamente, en el Preámbulo del Protocolo se contiene una afirmación fundamental en clave de indivisibilidad de todos los derechos humanos por su engarce con la dignidad de toda persona, al considerar “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto *las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana*, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

Expuesto lo anterior, conviene completar el análisis del Protocolo de San Salvador aludiendo a las disposiciones que mencionan expresamente la dignidad. Las dos más relevantes, por estar relacionadas directamente con la dignidad en el trabajo, son: por una parte, el artículo 6 (derecho al trabajo), cuyo apartado 1 dispone que “toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar *una vida digna y decorosa* a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”; por otra parte, el artículo 7 (condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo) establece que “los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores *condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias* y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”¹⁸³.

¹⁸² A diferencia del sistema europeo, en donde el CEDH y la CSE cuenta con dos órganos de control separados (el TEDH para el primero y el CEDS), en el sistema interamericano tanto la Convención como el Protocolo de San Salvador cuenta con la garantía jurisdiccional ante la Corte de San José de Costa Rica; pues ya sabemos que en el continente europeo no prosperó la idea de crear una sala social del TEDH, o de adoptar un Protocolo sobre derechos sociales adicional al CEDH, optándose por la elaboración de un tratado separado (la CSE de 1961) y un órgano de garantía concebido inicialmente sin carácter jurisdiccional (el CEDS), si bien ha ido adquiriendo progresivamente perfiles jurisdiccionales, como bien se ha expuesto en la doctrina: entre otros, AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François, “Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”, *Revista de Derecho Político*, núm. 67, 2006, pp. 387-407, y JIMENA QUESADA, Luis, “Profils juridictionnels et effectivité des décisions du Comité européen des Droits sociaux”, en Roman, D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Ed. Pedone, Paris, 2012, pp. 165-177.

¹⁸³ Las otras dos disposiciones del Protocolo de San Salvador que aluden explícitamente a la dignidad, no vinculadas directamente con el ámbito laboral, son: por un lado, el artículo 9 (derecho a la seguridad social), cuyo apartado 1 dispone que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja

Realizando ahora una pequeña incursión en el sistema africano, el tratado fundamental es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, adoptada en el seno de la entonces OUA (Organización para la Unidad Africana, fundada en 1963 y reemplazada en 2002 por la actual Unión Africana). En su Preámbulo, apelando a la Carta fundacional de la OUA se estipula que "la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad son objetivos esenciales para la realización de las legítimas aspiraciones de los pueblos africanos". Por su lado, el texto articulado contiene una aislada referencia explícita a la dignidad, concretamente en su artículo 5: "Todo individuo tendrá derecho al respeto de *la dignidad inherente al ser humano* y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos".

No obstante, esa referencia aislada no deja de ser significativa con el objetivo de defender, a los efectos de nuestra investigación, la dignidad de la persona (también extranjera) en el trabajo, frente a la explotación laboral, como hemos visto asimismo en el ámbito del sistema europeo. Así ha sido desarrollado en algunos supuestos por la interpretación llevada a cabo por sus órganos de control (la Comisión y la Corte Africanas de Derechos Humanos y de los Pueblos). A título de ejemplo, en el asunto *Malawi African Association y otros contra Mauritania*, decidido en mayo de 2000, la Comisión Africana interpretó el artículo 5 de la Carta Africana a la luz de otros instrumentos universales (concretamente, tanto el artículo 23.3 de la Declaración Universal como el artículo 27 del PIDESC que hemos analizado con anterioridad), llegando a la conclusión, en el caso de autos, de que "se produce una violación del artículo 5 de la Carta por prácticas análogas a la esclavitud y subraya que un trabajo sin compensación equivale a la violación del *derecho al respeto de la dignidad inherente a la persona humana*. Además, considera por otra parte que las condiciones a las que se

contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar *una vida digna y decorosa*. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes"; y, por otro lado, el artículo 13 (derecho a la educación), cuyo apartado 2 establece que "los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su *dignidad* y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una *subsistencia digna*, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz".

han sometido los descendientes de esclavos constituyen una explotación y un envilecimiento del hombre; prácticas todas ellas condenadas por la Carta Africana”¹⁸⁴.

Por otra parte, en lo que atañe más directamente a nuestro análisis, conviene mencionar el artículo 15 de la Carta Africana, pese a que su redacción sea ciertamente escueta: “todo individuo tendrá derecho a trabajar en condiciones justas y satisfactorias, y recibirá igual paga por igual trabajo”. En efecto, es cierto que no menciona explícitamente la idea de dignidad (existencia o vida digna para la persona trabajadora y su familia); sin embargo, no cabe desmerecer a efectos interpretativos los otros referentes internacionales pues, como ha subrayado Adnane, “este derecho, recogido en el artículo 15 de la Carta Africana, encuentra su equivalente en los artículos 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 7 del PIDESC, el artículo 2 de la CSE (y los artículos 1 a 3 de su Protocolo adicional), y el artículo 7 del Protocolo de San Salvador”¹⁸⁵. Si bien es verdad que esos parámetros interpretativos son susceptibles de incertidumbre pues, como el mismo autor advierte, “cabe anotar que la ‘igualdad de salario’ guarda estrecha relación con el principio de no discriminación, pero este enunciado por sí solo no asegura un nivel de vida decente”¹⁸⁶.

Por último, aunque no cuente con un mecanismo efectivo de supervisión, resulta interesante efectuar una referencia la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004 (que sustituye a la versión inicial de 1994)¹⁸⁷, adoptada por la Liga de Estados Árabes¹⁸⁸

¹⁸⁴ Véase Commission africaine des droits de l’homme et des peuples, affaire *Malawi African Association et Autres c. Mauritanie*, decidido en el marco de la 27ª sesión ordinaria, mayo 2000, 13º Informe anual de actividades [13^{ème} Rapport annuel d’activités RADH 2000 148 (CADHP 2000)], pp. 148 y siguientes: “135. Indépendamment de la justification donnée par l’État défendeur, la Commission considère à la suite des dispositions de l’article 23, par. 3 de la Déclaration universelle des droits de l’homme que, quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu’à sa famille, une existence conforme à la dignité humaine et complétée s’il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale. Ces dispositions sont complétées par celles de l’article 7 du Pacte International relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels. Eu égard à ce qui précède, la Commission retient une violation de l’article 5 de la Charte pour pratiques analogues à l’esclavage et souligne qu’un travail sans compensation équivaut à la violation du *droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine*. En outre, elle considère par ailleurs que les conditions auxquelles sont soumis les descendants d’esclaves constituent une exploitation et un avilissement de l’homme ; toutes pratiques condamnées par la Charte africaine”.

¹⁸⁵ ADNANE, Abdelhamid, “Reconocimiento y garantía del bienestar en África: los derechos y sus cauces de protección”, en Jimena Quesada, L. y Terol Becerra, M. (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, op.cit., p. 521.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 522.

¹⁸⁷ El Comité de expertos (cuyo establecimiento y configuración se prevé en los artículos 45 a 47 de la Carta Árabe) sigue siendo el único sistema de supervisión del cumplimiento de los Estados. El Comité, constituido por 7 miembros, recibe informes periódicos de los Estados Parte, pero no cuenta con un mecanismo para peticiones de un Estado parte o de un individuo al Comité por violaciones de la Carta (únicamente un debido sistema de informes previsto en el artículo 48 de la Carta). La Carta tampoco establece ningún otro mecanismo de cumplimiento, tal como el que se esperaba en relación con la posible creación de un Tribunal Árabe de Derechos Humanos.

(fundada en 1945). En la primera frase de la Carta (ya en su Preámbulo) se afirma “la creencia de las naciones árabes en la *dignidad humana*”, apelando inmediatamente desde el inicio con la religión¹⁸⁹. Seguidamente, en el texto articulado, las menciones explícitas a la dignidad se contienen en el apartado 3 del artículo 2 (derecho a la autodeterminación)¹⁹⁰, en el apartado 3 del artículo 3 (derecho a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres)¹⁹¹, en el artículo 17 (protección de la infancia)¹⁹², en el apartado 1 del artículo 20 (derecho a la libertad)¹⁹³, en el apartado 3 del artículo 33 (protección de la familia)¹⁹⁴, en el apartado 1 del artículo 40 (derechos de las personas con discapacidad)¹⁹⁵ y, sobre todo, a los concretos efectos de nuestra investigación, en el apartado 2 del artículo 34 (derecho al trabajo y a “un salario justo que permita a los trabajadores mantener una *vida digna* para ellos mismos y para sus familias”)¹⁹⁶.

¹⁸⁸ La Carta Árabe de Derechos Humanos entró en vigor el 16 de marzo de 2018 cuando siete Estados Árabes la ratificaron. Actualmente (a fecha septiembre de 2020), dieciséis Estados Árabes han ratificado la Carta Árabe, los cuales son: Argelia, Bahrein, Egipto, Iraq, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Mauritania, Palestina, Qatar, Arabia Saudita, Sudán, Siria, Emiratos Árabes Unidos y Yemen.

¹⁸⁹ El tenor literal completo de esa primera frase es: “Dada la creencia de las naciones árabes en la *dignidad humana*, ya que Dios la honró al hacer al Mundo Árabe la cuna de las religiones y el lugar de nacimiento de civilizaciones, lo que confirma el derecho a una *vida digna*, basada en la libertad, justicia y equidad”.

¹⁹⁰ Ese apartado 3 del artículo 2 establece que “Todas las formas de racismo, sionismo, ocupación y dominación extranjera desafían la *dignidad humana* y constituyen un obstáculo fundamental a la realización de los derechos básicos de los pueblos. Existe una necesidad de condenar y esforzarse por eliminar todas esas prácticas”.

¹⁹¹ Según ese artículo 3.3: “Los hombres y las mujeres son iguales en *dignidad humana*, en derechos y deberes, dentro del marco de discriminación positiva en favor de las mujeres que establece la Islamic Shari’a’ y otras leyes divinas, legislación e instrumentos internacionales. En consecuencia, cada Estado Parte de la presente Carta deberá tomar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres”.

¹⁹² Esta es la redacción del artículo 17: “Cada Estado Parte garantizará a todas las niñas y niños considerados ‘en riesgo’ y jóvenes menores acusados de una infracción, el derecho a un régimen jurídico especial para menores durante la audiencia, el juicio y la aplicación de la sentencia. Tal tratamiento especial deberá ser adecuado para su edad, protegerá su *dignidad* y promoverá su rehabilitación, y les permitirá desempeñar un papel constructivo en la sociedad”.

¹⁹³ De conformidad con el artículo 20.1: “Las personas sentenciadas a una pena de privación de la libertad deberán ser tratadas con humanidad y con respeto por la *dignidad inherente al ser humano*”.

¹⁹⁴ El artículo 33.3 dice: “Los Estados Parte deberán adoptar todas las disposiciones legislativas, administrativas y judiciales apropiadas para asegurar la protección, supervivencia y bienestar de los niños en un ambiente de libertad y *dignidad*. En todas las circunstancias, el interés superior del niño sirve como base de todas las medidas que se tomen, sin importar que el menor sea un delincuente juvenil o un niño “en riesgo””.

¹⁹⁵ El artículo 40.1 está redactado en los siguientes términos: “Los Estados Parte se comprometen a asegurar que las personas con una discapacidad mental o física disfruten de una vida decente, en condiciones que les aseguren *dignidad*, promuevan la autosuficiencia y faciliten su participación activa en la sociedad”.

¹⁹⁶ Merece la pena transcribir, por su carácter específico para nuestro estudio, el artículo 34: “1. Todo ciudadano tendrá derecho al trabajo. El Estado se compromete a asegurar el empleo para la mayor cantidad posible de personas que busquen uno, mientras que asegura al máximo la producción estatal y la libertad de trabajo e igualdad de oportunidades sin discriminación de ningún tipo en cuanto a raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, afiliación a un sindicato, origen nacional o social, discapacidad o cualquier otro estado. 2. Todo trabajador tendrá derecho a disfrutar de condiciones justas y favorables de

3. LA DIGNIDAD Y LA DIMENSIÓN SOCIO-LABORAL DE LA PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA A LA LUZ DE ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS

3.1. Algunos antecedentes en el constitucionalismo comparado

La primera Constitución de un Estado, que hizo mención de la dignidad del hombre, fue la Constitución del Imperio Alemán (*Deutsche Reich*) de 1919, denominada también Constitución de Weimar, que en su artículo 151.1 decía: “El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre”. Posteriormente se citó también la dignidad del hombre en el artículo 6 de la Constitución portuguesa de 1933 y en el Preámbulo de la Constitución irlandesa de 1937. Al margen de estos antecedentes, previos a la Segunda Guerra Mundial, se han sucedido otros interesantes en el constitucionalismo posterior al segundo conflicto bélico que han ubicado en una posición prominente a la dignidad humana, tanto en el Preámbulo con el texto articulado¹⁹⁷.

En cualquier caso, el potencial y la proyección de la dignidad humana, no únicamente como valor y principio fundamental, sino como derecho fundamental o, al menos, vector interpretativo básico para el desarrollo de los derechos fundamentales, se ha producido efectivamente tras la Segunda Guerra Mundial, tanto desde la perspectiva de la internacionalización de los derechos humanos como desde el prisma del

trabajo que prevean: un salario justo que permita a los trabajadores mantener *una vida digna para ellos mismos y para sus familias*, límite de horas laborables, descanso y vacaciones periódicas pagadas, condiciones de trabajo seguras y saludables, la protección de mujeres, niños y personas con discapacidad en el lugar de trabajo. 3. Los Estados Parte reconocen el derecho de los niños a ser protegidos de explotación económica y de realizar cualquier trabajo que pudiera ser peligroso o interferir con la educación del niño o que pudiera ser dañino para la salud física, mental, espiritual, moral o el desarrollo social del niño. Para este fin, y teniendo en cuenta las disposiciones relevantes en otros instrumentos internacionales, los Estados Parte deberán en particular: a. Contemplar una edad mínima para trabajar. b. Contemplar una regulación apropiada en cuanto a las horas y condiciones de trabajo. c. Contemplar penas y sanciones apropiadas para asegurarse del cumplimiento efectivo del presente artículo. 4. No se hará distinción entre hombres y mujeres en el ejercicio del derecho a beneficiarse efectivamente de la formación, el empleo, protección del trabajo e igual remuneración por trabajo de igual valor y calidad. 5. Todos los Estados Parte deberán asegurar protección a los trabajadores migrantes en su territorio de conformidad con sus leyes”.

¹⁹⁷ Esos interesantes ejemplos pueden verse en el trabajo de GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos”, *Ius. Revista Jurídica*, Universidad Latina de América, (accesible en: <https://www.rua.unam.mx/portal/recursos/ficha/83270/la-dignidad-humana-nucleo-duro-de-los-derechos-humanos>; último acceso el 07/09/20), especialmente en el epígrafe “Ámbito Constitucional de la Dignidad Humana”, pp. 55 y ss. En dicho trabajo, se mencionan, entre otros, además de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución española de 1978, los ejemplos de las Constituciones griega de 1975, portuguesa de 1976 y suiza de 1999, destacándose que la de Grecia y la Suiza contienen incluso sendos Títulos bajo la rúbrica “Dignidad Humana”.

constitucionalismo. Así, como ha observado Monereo, “en los primeros instrumentos jurídicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es evidente que la reafirmación de la dignidad y de los derechos fundamentales reflejaba una reacción frente a las indignidades de todo tipo, y a los crímenes que se había producido durante la Segunda Guerra Mundial. Este fenómeno corrió en paralelo con la refundación del constitucionalismo de la postguerra, que no se limitó a recuperar la tradición del constitucionalismo democrático expresada paradigmáticamente en la República de Weimar de 1919 o en la Constitución República Española de 1931”¹⁹⁸.

De todas formas, como el mismo autor ha advertido, la experiencia constitucional anterior a la Segunda Guerra Mundial tardaría mucho tiempo en tener una vigencia normativa en el desarrollo de las previsiones constitucionales y, por ejemplo, en nuestro país estuvo sometido a un régimen de Dictadura. Sin embargo, el constitucionalismo de posguerra lógicamente tampoco fue la panacea y, de nuevo, incluso bajo la vigencia de nuestra actual Constitución de 1978, sus previsiones contenidas en el derecho al trabajo del artículo 35 tuvieron un desarrollo inicial “muy defectuoso, pues no se garantizaba la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, a pesar de que tales derechos, en gran medida, quedaban enunciados en su artículo 4 desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980, con algunas modificaciones. Ello resulta tanto más sorprendente cuando se repara que es en el ámbito de las relaciones laborales donde la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales de la persona del trabajador adquiere verdadera relevancia y trascendencia. Y se puede decir, que los derechos de la persona del trabajador generales y específicos (reténgase, por ejemplo, el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga, garantizados expresamente como derechos fundamentales de la persona que trabaja), están pensados teleológica y funcionalmente para su ejercicio y eficacia directa e inmediata –aunque modulada– en el seno mismo de las relaciones laborales, internas y externas (el espacio de encuentro y de intercambio denominado expresivamente, “mercado de trabajo”, lo que siempre plantea el problema ontológico de partir de una premisa contraria a los principios y valores constitucionales, como es considerar a la persona que trabajo parte de una “relación mercantil”, sea como sujeto que se pone a disposición, o algo peor

¹⁹⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, op.cit., p. 173.

como objeto que cuyo uso productivo se “adquiere” en el espacio mercantil singular y regulado del mercado laboral) a las organizaciones productivas”¹⁹⁹.

Desde luego, la incorporación de la *Drittwirkung* en el constitucionalismo español (importada precisamente de la praxis del Tribunal Constitucional Federal Alemán por el Tribunal Constitucional español en el ámbito de las relaciones laborales “entre privados” –empleador y empleado–) supone reforzar la dimensión de la dignidad como derecho fundamental²⁰⁰. A tal efecto, resulta crucial el juego de la protección multinivel de los derechos fundamentales en el ámbito socio-laboral, como ha analizado en profundidad Valdés Dal-Ré²⁰¹. Y, con esa misma filosofía, Monereo ha puesto el énfasis en el potencial interpretativo no únicamente de la dignidad de la persona del artículo 10.1 CE, sino igualmente del mandato interpretativo internacional del artículo 10.2 CE: “Ya un desarrollo más completo de la Norma Fundamental debería haber permitido otorgar una garantía (inserta –en el plano hermenéutico– en la garantía multinivel de los derechos fundamentales *ex* artículo 10.2 CE) directa de los derechos fundamentales genéricos de los trabajadores en el mercado de trabajo y en las relaciones laborales dentro de las organizaciones productivas. Pero ya el mismo artículo 10.1 CE plantea esa necesaria eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pues solo de esta manera se puede establecer una garantía efectiva (*in fine*, SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 3, 4/1984, de 23 de enero, FJ 2, 53/1985, de 11 de abril, FJ 3, 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4, 6/1995, de 10 de enero, FJ 2, 4/1996, de 16 de enero, FJ 4 y STC 186/1996, de 25 de noviembre, FJ 3, 129/1998, de 16 de junio, de 17 de julio, FJ 3, 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7, 26/2003, de 30 de junio, FJ 7)”²⁰².

Con estos mimbres, solo después de la catástrofe que significó para la humanidad la Segunda Guerra mundial y el Holocausto, donde millones de vidas fueron aniquiladas y se vulneró la dignidad de las personas atentando contra diversos y variados derechos

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 173, 174 y 175.

²⁰⁰ Por todos, DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, *Pensamiento Constitucional*, vol. IX, núm. 9, 2003; y ya con anterioridad, del mismo autor “La eficacia horizontal del recurso de amparo: problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, 1992, en donde subraya (p. 372) que, más allá de la discusión jurídica y la técnica hermenéutica que envuelven la proyección de la *Drittwirkung* en el recurso de amparo, dicha técnica se retroalimenta con las cláusulas fundamentales del Estado social, trayendo a colación tanto la conocida como “cláusula de progreso” del Estado social español en el artículo 9.2 CE como su antecedente inspirador en la Constitución italiana de 1947 (el artículo 3).

²⁰¹ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.

²⁰² MONEREO PÉREZ, José Luis, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, op.cit., p. 178.

humanos, es cuando empieza la protección jurídica constitucional de la dignidad del hombre. Alemania inicia el camino hacia la protección de la dignidad. Repárese, en efecto, en que, como ha señalado Häberle, la irrupción de la dignidad humana en forma jurídica a través de su positivación como concepto jurídico constitucional se debe en gran medida a los acontecimientos negativos de la historia contemporánea, al desprecio al ser humano en la época de nacionalsocialismo, del fascismo y de los regímenes totalitarios²⁰³.

En estas coordenadas históricas, la Ley Fundamental de 1949 reconoce en su artículo 1.1 que “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es la obligación de todo el poder público”, “Ningún otro derecho ni principio se enuncia dentro de la propia Ley Fundamental. El reconocimiento de la dignidad es su proposición antropológica básica ... es el reconocimiento del hombre como principio y fin de la Ley Fundamental”²⁰⁴.

El esquema básico de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LFB) es como sigue: en el primer precepto, artículo 1.1 LFB, sitúa al hombre en el centro de su ordenamiento constitucional; en el siguiente artículo 1.2 LFB reconoce el respeto a los derechos fundamentales; y en el 1.3 LFB manifiesta su carácter vinculante frente a los poderes públicos. Para el constituyente alemán quedó fuera de duda que la protección de la dignidad del hombre debía ser un derecho fundamental verdadero, no solamente un principio general, lo cual se deduce formalmente de que el artículo 1 de la Ley Fundamental se encuentra en la primera parte de la Ley, bajo el título de “Los derechos Fundamentales”²⁰⁵.

El reconocimiento de la dignidad humana y de la libertad personal son destacables puesto que al ser reconocidos se crea una barrera infranqueable a favor del hombre. No obstante, “la esencia del hombre no puede definirse, siendo los únicos apoyos para fijar el alcance normativo de su reconocimiento constitucional el consenso de la dogmática y las sentencias que han intentado delimitarlo”²⁰⁶. De este modo la dignidad humana y el

²⁰³ HÄBERLE, Peter, “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, en Fernández Segado, Fr. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de Derecho público*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 201-202.

²⁰⁴ OEHLING DE LOS REYES, Alberto, “El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes en la Europa Continental”, *op.cit.*, p. 144.

²⁰⁵ VON MÜNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional alemán...”, *op. cit.*, p. 110.

²⁰⁶ GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del Espacio Europeo de los Derechos*, *op. cit.*, p. 27.

libre desarrollo de la personalidad, es decir, la libertad de las personas, actúan de modo conjunto casi siempre. Finalmente, la dignidad humana es igual en todos los hombres, ello nos conduce a la conclusión que definir dignidad es definir al hombre como persona no instrumentalizada por los poderes públicos. El Tribunal Constitucional ha argumentado en alguna ocasión “con la fórmula de no-instrumentalización”²⁰⁷, refiriéndose a “la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos”²⁰⁸.

Una vez constitucionalizada la dignidad como atributo inseparable de la persona, los derechos inherentes a la persona, en razón de su dignidad, se ven también constitucionalizados y obtienen la categoría de derechos fundamentales e inviolables²⁰⁹, dado que a través de su ejercicio se hace posible la validez, el mantenimiento y la integridad de aquella, además de garantizar el libre desarrollo de la persona²¹⁰.

Siendo apreciado justamente ese reconocimiento paradigmático en la LFB de 1949 de la dignidad como derecho fundamental, no es menos cierto que la dignidad de la persona, como sucedió en el Derecho internacional de los derechos humanos (de nuevo, Declaración de Filadelfia de 1944), estuvo también en el Derecho constitucional asociada a su dimensión social, a los derechos sociales, como lo prueba el artículo 3 de la Constitución italiana de 1947 (entrada en vigor en enero de 1948)²¹¹.

²⁰⁷ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, “La dignidad quebrada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, p. 336.

²⁰⁸ STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.

²⁰⁹ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel y MAGO BENDAÑÁN, Óscar, “Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006, pp. 185-186.

²¹⁰ Al respecto, la STC 192/2003, de 27 de octubre, en cuyo fundamento jurídico 7, en relación con el tiempo de descanso, se refiere a “la dignidad personal del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta consigo mismo y su entorno”.

²¹¹ Así lo ha destacado, una vez más MONEREO PÉREZ, José Luis, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, op.cit., pp. 187-188: «Modelo paradigmático ese enfoque son las Constituciones italiana (art. 3: “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinción por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”) y española (artículos 10.1 y 9.2, inspirados en la Constitución Italiana). También la Constitución portuguesa, en cuyo artículo 13 se vincula al “Principio de igualdad. 1. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley”. Por su parte la Constitución de Bélgica establece en su art. 23: “Cada uno tiene el derecho de llevar una existencia conforme con la dignidad humana. A tal fin, la ley, el decreto o la disposición prevista en el art. 134 garantizarán, teniendo en cuenta los correspondientes deberes, los

3.2. La recepción de la dignidad en la Constitución española de 1978

Como es conocido, en España no hubo holocausto, pero sí una Guerra civil, de modo tal que podemos decir que es atribuible al sentimiento de culpa después de una catástrofe donde se pierden millones de vidas, que haya apertura “a la recepción de nuevos valores como criterios de observación a la par que límites frente a los poderes públicos, entre ellos la dignidad”²¹². Además, causas como la regeneración de la sociedad y la necesidad de un cambio de régimen político tuvieron influencia para lograr la recepción del concepto de dignidad en los años precedentes a la Constitución de 1978.

La actual Carta Magna dice en su Preámbulo que España, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de “Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”; seguidamente en su artículo 10.1 prescribe: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Crea así un vínculo entre dignidad y derechos fundamentales, los derechos inviolables que le son inherentes, por lo que a continuación hace una remisión a la interpretación de esos derechos conforme a la DUDH y los diversos y respectivos acuerdos internacionales ratificados por España (artículo 10.2). Con ello podríamos decir que la dignidad es el fundamento del orden político y la paz social y deber de respeto de carácter absoluto. Es decir, como ha sostenido Fernández Segado, “no estamos en modo alguno ante una mera definición doctrinal o ideológica, ni mucho menos ante una cláusula de limitada o nula eficacia práctica, salvedad hecha de su valor didáctico”²¹³; de tal suerte que “cuando la Constitución establece que la dignidad de la persona es fundamento de la paz social,

derechos económicos, sociales y culturales, y determinarán las condiciones de su ejercicio”. Y lo mismo cabe decir de la Constitución de Suecia, en cuyo artículo 2 se dispone: “El ejercicio del poder político deberá respetar la igualdad del valor de todos los seres humanos, así como la libertad y la dignidad de cada individuo. El bienestar personal, económico y cultural de los individuos deberá constituir el objetivo primordial de las actividades públicas. Corresponderá especialmente a la autoridad pública asegurar el derecho al trabajo, a la vivienda y a la instrucción y actuar en favor de la previsión y de la seguridad social y de un marco favorable de vida”. Por último, la Constitución de Alemania establece en su art. 1: “Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales. 1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”».

²¹² OEHLING DE LOS REYES, Alberto, “El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes en la Europa Continental”, *op. cit.*, p. 164.

²¹³ FERNANDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 50, 1996, p. 26.

pone de manifiesto que ésta no es conseguible sin la dignidad de la persona; o lo que es lo mismo, no hay paz social sin dignidad de la persona y no hay dignidad de la persona si falta la paz social”²¹⁴.

El deber de respeto a la dignidad humana se propagó a todas las ramas del Ordenamiento, incluido el Derecho del Trabajo, desde que entrara en vigor la Constitución de 1978. Una extensa doctrina académica y jurisprudencial acerca de los límites a los poderes empresariales y de obediencia debida del trabajador ha sido desarrollada por el entendimiento de ser titular de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Pese a ello, no hay conformidad doctrinal acerca de la tipificación jurídica de la dignidad humana. Por el contrario, en la doctrina académica y jurisprudencial existe acuerdo sobre las funciones que cumple la dignidad humana en el Ordenamiento: fundamentación del orden jurídico, orientación de su interpretación, base de labor integradora en caso de lagunas, establecimiento de los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales²¹⁵.

Como afirmamos, la dignidad está vinculada directamente a los derechos fundamentales que, “en una tarea de integración propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales, trata de ponderar la dignidad humana con los diversos bienes jurídicos como el orden público, la seguridad nacional, la propiedad o el derecho de los terceros en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales”²¹⁶. En esta relación entre la dignidad y los derechos fundamentales y los valores y bienes jurídicos constitucionales es donde se presentan una serie de disyuntivas, para lo que interesa a esta investigación, con relación al derecho al trabajo.

Según Serna, en lo que respecta a la dignidad, los valores y los derechos fundamentales, de estos últimos dice que “han sido empleados simultáneamente como instrumentos de lucha político-ideológica y como categorías ético-jurídicas”²¹⁷. Para él, la dignidad de la persona no debe estar en el mismo nivel que la libertad, la justicia, la igualdad o el pluralismo político, tal como dicta el artículo 1.1 CE; y la Constitución española marca esa diferencia colocando la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, en un artículo aparte. Por último, a juicio de Serna,

²¹⁴ *Ibidem*, p. 27.

²¹⁵ PACHECO ZERGA, Luz, *La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 29-30.

²¹⁶ LANDA ARROYO, César, “Dignidad de la persona humana”, op. cit., p. 130.

²¹⁷ SERNA BERMÚDEZ, Pedro, “La dignidad de la persona como principio del Derecho Público”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, núm. 4, 1995, p. 289.

la dignidad sólo actúa como dato que fundamenta la obligatoriedad, moral o jurídica, de cumplir aquellas conductas o de respetar aquellos bienes en que consisten los derechos humanos²¹⁸.

El reconocimiento constitucional de la dignidad humana debe garantizar las posibilidades de desarrollo de cada identidad personal, de tal manera que la legítima pluralidad efectiva de los hombres reales también se desarrolle, en función del ejercicio legítimo de las libertades²¹⁹. Cuando hablamos de pluralidad hacemos referencia a las formas particulares de vivir y expresarse, de ideología y de costumbres diferentes de las personas que pertenecen a uno o más grupos dentro de una misma sociedad. Pero no hay que dejar de lado la diversidad, la cual hace referencia a las diferencias entre las personas en cuanto a su etnia, orientación sexual, raza, origen, lengua, religión, opinión y género, entre otros aspectos de la identidad de cada persona²²⁰.

En el ámbito propiamente jurídico, el concepto de los derechos desde el punto de vista objetivo, es decir, como normas que forman parte del sistema de identificación del Ordenamiento, tenemos que los derechos fundamentales son el “conjunto de normas de un ordenamiento jurídico que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad humana”²²¹.

Bajo tal óptica, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, consagrados en el artículo 10 de la Constitución, como fines supremos de la sociedad y del Estado, no sólo constituyen principios informadores de los derechos fundamentales de las personas, sino que constituyen soportes estructurales del edificio constitucional, del modelo político y del modelo económico constitucional²²². Podríamos decir que la

²¹⁸ SERNA BERMÚDEZ, Pedro, “La dignidad de la persona como principio del Derecho Público”, *op. cit.*, p. 294.

²¹⁹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons Ediciones, Madrid, 2005, p. 27.

²²⁰ En este mismo sentido, para el TC (Sentencia 53/85, de 11 de abril) la dignidad constituye el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos. De forma ya más concreta, considera que guarda estrecha conexión con la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás. Sin duda, esta característica, esencial a la hora de aprehender la dignidad de la persona, es lo que de forma más patente nos separa de otros seres vivos.

²²¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, *op. cit.* p.42.

²²² FREIXES, Teresa y REMOTTI, José Carlos, “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, núm. 35, Madrid, 1992, p. 97. Asimismo, MENDOZA, Mijail, *Aspectos preliminares sobre los principios constitucionales*, Ponencia presentada a la 1.ª Convención Latinoamericana de Derecho (20-24 de noviembre de 1995), Lima-Perú, p. 21.

legitimidad de la Constitución está en la defensa que de la persona humana hace y en el respeto a su dignidad, sumo fin de la sociedad, así como del Estado.

Y tal alta afirmación no puede quedar en una defensa genérica, sino en el concreto disfrute de los derechos fundamentales en las relaciones sociales, incluidas las laborales. Desde este punto de vista, resulta de particular interés la argumentación esgrimida por la STC 120/1990, de 27 de junio, a tenor de la cual “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STC 53/1985, fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre - también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (FJ 4).

A la luz de lo anterior, otros derechos y libertades constitucionales que se pueden relacionar con la dignidad y que son interesantes de mencionar a efectos de este trabajo, son los artículos 15, 16 y 18 CE; pues si hablamos de vida, integridad física y moral, libertad ideológica, religiosa y de culto, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, estamos haciendo clara referencia a la dignidad de las personas.

La conciencia de su propia dignidad es lo que hace que toda persona se cuestione qué posición tiene o debe tener en nuestra sociedad y si esa dignidad se respeta en tanto valor fundamental que se proclama a nivel personal, familiar y laboral. Una de las preocupaciones fundamentales de los ciudadanos es el respeto y promoción de su dignidad, entendida como razón y soporte de su actuación en libertad²²³.

Los fundamentos modernos de la dignidad la justifican en los rasgos humanos con el fin de justificar la idea de igual dignidad, ésta última como fundamento del Estado de Derecho que considera a los individuos como ciudadanos con iguales derechos y

²²³ GARAITAGOITIA EGUÍA, José Ramón, *Dignidad de las persona y derechos fundamentales en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea*, Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios, Departamento de Publicaciones, Grupo Impresa, Madrid, 2009, p. 38.

deberes²²⁴. No obstante, nos enfrentamos a diversas situaciones en las que las personas han visto vulnerada su dignidad en el ámbito laboral para lo que nos interesa en este trabajo. Por tal motivo, cobra una gran relevancia la dimensión social de la dignidad, como bien ha destacado Monereo, pues “es evidente que se impone a los poderes públicos la remoción de los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (artículos 3 y 9.2, de la Constitución Italiana y la Constitución Española, respectivamente)”²²⁵. Y, en esa misma línea, la recién citada STC 120/1990 (FJ 5) pone la dignidad (artículo 10.1) en conexión directa con las dos disposiciones constitucionales fundamentales que asientan el Estado social (artículos 1.1 y 9.2 CE).

4. DIGNIDAD, TRABAJO Y EXTRANJERÍA: APUESTAS FRENTE A UNA DIGNIDAD VULNERADA POR MÚLTIPLES DISCRIMINACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL, ACENTUADAS POR LAS CRISIS RECIENTES

4.1. Evitar una dignidad vulnerada en el ámbito laboral

En lo que respecta al ámbito de esta investigación cabe mencionar que para preservar la dignidad del trabajador está el Derecho del trabajo o Derecho laboral, que cuenta con los principios supremos de dignidad, libertad e igualdad²²⁶. Dichos principios ya los hemos visto reflejados en los instrumentos internacionales (universales y regionales) anteriormente analizados.

A la vista de dichos principios, partimos de la idea de que el trabajo sigue siendo eje definidor en la vida de las personas y que es lo que les da autonomía. Por consiguiente, las discriminaciones que se producen en el ámbito laboral, frecuentemente

²²⁴ PELÉ, Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, *Universitas*, Revista de Filosofía, Derecho y Política, núm. 1, 2004, pp. 10-11.

²²⁵ MONEREO PÉREZ, José Luis, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, op.cit., p. 172.

²²⁶ La igualdad, así como la dignidad, son los valores en la Constitución española en los que se basan los derechos humanos, junto con la libertad. Según Ermida, “La igualdad es pues, fundamento del principio tuitivo y, por tanto, del Derecho laboral todo. Pero no solo lo es la igualdad, sino también la dignidad, el otro gran valor o metaprincipio de los derechos humanos, lo que coloca al Derecho del trabajo en el tronco mismo del sistema de derechos fundamentales. En efecto, todos los derechos humanos se basan en los valores de igualdad y dignidad, mientras que la tutela laboral procura – entre otros objetivos - preservar la dignidad del trabajador”: ERMIDA URIARTE, Óscar, “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad, No-discriminación y Derechos Humanos en el Derecho del Trabajo”, *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 37, Facultad de Derecho de la PUCP Lima, 2011, p. 16.

reveladoras de discriminación múltiple y de falta de respeto de la multiculturalidad²²⁷, son reflejo a su vez de una dignidad vulnerada.

La llegada de la crisis financiera, económica, social y laboral que algunos estudiosos consideran empezó en 2008 en España con el estallido de la burbuja financiera, es el inicio de tiempos difíciles para las personas trabajadoras, escenario en el que se ha encontrado un argumento para recortar derechos y libertades y para pedir a la ciudadanía sacrificios y aguante, traducidos en recortes en derechos para los trabajadores extracomunitarios en España, con la característica inhumana, antidemocrática y contraria a los derechos humanos de dar prioridad a los nacionales sobre los extranjeros. Ante la carestía de puestos de trabajo se alega que debe priorizarse la mano de obra estatal. Teniendo en cuenta el principio de igualdad en relación con el reconocimiento y ejercicio del derecho al trabajo, surge una situación que plantea un tema muy interesante si se analiza el trabajo de las personas extranjeras con una perspectiva desde la dignidad de las personas, aspecto importante en nuestro análisis.

En el período de la globalización, al que los analistas encuadran dentro del último cuarto del siglo XX, tanto en el espacio, así como en las formas de Estado, se producen unos cambios y dentro de ese escenario “el inmigrante-extranjero-trabajador aparece incrustado en nuevas relaciones”²²⁸. Siguiendo a Cerdá, la inmigración es una forma específica de trabajo que, enmarcada en el capitalismo global, determina y condiciona los flujos migratorios. Al decir que se trata de una forma específica de trabajo se hace referencia a que determinados sectores laborales están como destinados a ser ocupados solo o principalmente por trabajadores extranjeros.

El trabajo, hoy en día, es percibido como un bien escaso, como un bien en sí mismo. La división en la clase trabajadora se articula en relación a quien posee trabajo y quien no lo posee. En este entorno, la construcción social del inmigrante se hace en relación al trabajo, siendo percibido como una amenaza para la conservación de los puestos laborales de los autóctonos; además, su condición de inmigrante se transforma y

²²⁷ Como ha puesto de manifiesto NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano, *Interculturalidad y derecho del trabajo: una aproximación a la gestión no discriminatoria de la diversidad cultural en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2009.

²²⁸ CERDÁ FIOL, Antonio, “Repercusiones de la globalización en la inmigración y en el trabajo”, en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Instituto de las Migraciones, 2011, pp. 1923-1932.

es presentada como una categoría institucionalmente justificada para ser, centralmente, mero recipiente de mano de obra barata²²⁹.

En un escenario neoliberal, donde se favorece la privatización de empresas y servicios que estaban en manos del sector público, bajo la premisa de que el sector privado es más eficiente, donde prima la reducción del gasto social, se propicia la libre competencia de las grandes corporaciones y se intenta debilitar a los sindicatos, el mercado de trabajo presenta como característica o exigencia, la flexibilidad laboral, traducida en la total capacidad de adaptación del trabajador a las necesidades del empresario o empleador; lo cual se convierte en precariedad, inestabilidad y fragmentación de la prestación laboral, por lo que se constata una importante degradación de las condiciones y de los derechos laborales, ausencia de contratos fijos o permanentes, desregulación de horarios y períodos de descanso y vacacionales, reducción de los salarios, alta movilidad de los trabajadores o despido libre. Dichas características derivan en la existencia de relaciones laborales que se aproximan a la explotación laboral²³⁰.

Sobre exclusiones y discriminaciones en el ámbito laboral en pleno siglo XXI, que atentan contra la dignidad de las personas, se concluye que, “Si en el siglo XX la introducción del término “*Unmensch*” (no humanos) valió para excluir a los judíos, hoy las no-personas son los inmigrantes, los terroristas y todos los “alejados” de la ética capitalista”²³¹. La vulneración de los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, en este caso de los trabajadores extranjeros, ha encontrado en el pronunciamiento de los tribunales, en España del Tribunal Constitucional, respuesta sensata muchas veces, pero otras veces no, poniéndose así de manifiesto las deficiencias de nuestra Ley de Extranjería, en casos específicos en que se ha visto necesario declarar la inconstitucionalidad de algún precepto que aquella contiene. El tema de la interpretación constitucional tiene una “importancia decisiva”, según el maestro alemán Konrad Hesse, para quien “la interpretación constitucional está bajo el mandato de

²²⁹ *Idem.*

²³⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “El enfoque trafiquista y la perspectiva de género en la prostitución y la trata de seres humanos”, en Lorenzo Copello, P. y Durán Muñoz, R. (eds.), *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 631-664.

²³¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Repensando los derechos humanos: entre el universalismo y el relativismo”, en Lorenzo Copello, P. y Durán Muñoz, R. (eds.), *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, op. cit., pp. 194-195.

implementación y optimización de la norma”²³², y en el caso de la “aplicabilidad jurídica y efectiva de la noción de dignidad (...) no se puede consolidar sólo a través del precepto constitucional. Se presume una labor de interpretación”²³³. Y su marco de atracción debe aterrizar inevitablemente en el terreno de los derechos humanos, en tanto y en cuanto, son atributos inherentes a cualquier persona que tiene que adaptarse hoy en día con el mundo globalizado.

Son excluidas del sistema las personas que no son consideradas ciudadanos por su estatus de extranjeros en un país en el que no ser portador de un permiso de trabajo y/o de residencia produce discriminaciones varias, empezando por la vulneración de la dignidad y de los consiguientes derechos inherentes: “(...) en las constituciones democráticas la dignidad de la persona se cifra en la garantía de su estatus de ciudadano libre e igual, que la CE eleva a fundamento de la sociedad y del Estado españoles”²³⁴.

Se advierte que la trata de migrantes vulnerables con fines de explotación laboral constituye la otra cara de la globalización contemporánea. Sin dejar de mencionar que los derechos vulnerados son muchos, empezando por, la que sería la base de los derechos, la dignidad de la persona²³⁵.

Con la globalización y la tendencia a emigrar generalmente por motivos de trabajo, para lo que nos importa en este análisis, nos encontramos ante una situación que se ha convertido en un asunto económico, social y político, clave, y muy importante, por lo que hay que hacer una evaluación de la repercusión de esta tendencia y de qué modo influye en la actual situación del mercado de trabajo, tanto a nivel mundial, y en particular en España.

La ola migratoria que se hizo presente en España en la última década del siglo pasado y que continuó en la mitad de la primera década del presente siglo ha sido un fenómeno de tal trascendencia demográfica, que trajo un significativo número de inmigrantes económicos, los que se desplazan en busca de trabajo, quienes en la primera

²³² HESSE, Konrad, en *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1959, pág. 15, en Alberto Oehling de los Reyes, “El concepto constitucional de dignidad de la persona”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p.139. En este sentido, KRÜGER, H., *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1966, p. 700.

²³³ OEHLING DE LOS REYES, Alberto, “El concepto constitucional de dignidad de la persona”, *op. cit.*, p. 139.

²³⁴ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 55.

²³⁵ OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª Reunión, *El costo de la coacción. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo 2009*, p. 2.

mitad de la primera década del siglo XXI tuvieron fácil acceso a un puesto de trabajo, puesto que en esos momentos existía una bonanza económica sin comparación. El extraordinario “boom” del sector de la construcción a inicios del presente siglo fue el desencadenante de la llegada de personas extracomunitarias que buscaban trabajo, a la vez que residir en España con su familia en un futuro cercano, a través de la reagrupación familiar.

La globalización trajo consigo mayores niveles de movilidad social transnacional, “sin embargo, dado el perfecto encaje de la inmigración con el contexto económico de la globalización”²³⁶, la inmigración no cualificada se vio destinada a ocupar los empleos desechados por los nacionales, con bajos salarios y peores condiciones laborales.

Para el estudio nos interesa la contribución que hizo la población inmigrante a la economía española, a través de su trabajo, de sus cotizaciones a la seguridad social, y por qué no también a través de su trabajo “en negro”, caso muy ilustrativo el del sector de trabajo doméstico, nicho laboral en el que se insertan mayoritariamente mujeres inmigrantes que trabajan sin cotizar porque no tienen un permiso de trabajo y/o residencia y por lo tanto, de forma indirecta contribuyen a la economía, al permitir que la mujer española que la contrata se inserte en el mercado laboral regular, mientras que la mujer extranjera realiza el trabajo doméstico y de cuidados. En estos ámbitos, la falta de respeto por la libertad de sindicación, del derecho de huelga, de la salud laboral, etc., llevan a la falta de dignidad de los trabajos.

La conceptualización de la dignidad, así como la libertad y la igualdad, tal como hemos visto en líneas anteriores, son todos ellos principios o valores indisociables del derecho al trabajo y el derecho a no ser discriminado en el ámbito laboral, para lo que interesa a este trabajo.

La evolución jurídica de los derechos inherentes a la persona se hace patente una vez se obtiene el reconocimiento institucional de la persona. Dicha evolución se debe a la constancia del hombre en la búsqueda del reconocimiento de los derechos imprescindibles que contienen el respeto de las personas, tanto individual como

²³⁶ RAMOS QUINTANA, María Isabel, “Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, p. 14.

colectivamente²³⁷. Han pasado muchos siglos hasta llegar al concepto y al valor o principio de la dignidad como el que existe en la actualidad.

La dignidad y la libertad se caracterizan como valores superiores que tienen como función en el ordenamiento jurídico ayudar a la creación de “normas básicas del Derecho que, a su vez, ha de interpretarse conforme al contenido de aquellos, a su esencia, en cuanto representan los rasgos diferenciadores que la sociedad requiere”²³⁸. Es esta característica la que hace de la dignidad y la libertad indisociables de los derechos fundamentales, de los derechos constitucionales, especialmente de los derechos inherentes a la persona. La igualdad, como valor jurídico, se incorpora a los otros principios para completar, a decir de García García, la trilogía de los valores superiores en la Constitución española. Esta igualdad que propugna el artículo 14 CE se hace extensiva a los extranjeros de acuerdo al artículo 13.1 CE: “La dignidad humana es nada menos que el fundamento de la legitimación del ordenamiento político español en su conjunto”²³⁹, de tal suerte que el artículo 10.1 de la CE se convierte en el principio rector supremo de nuestro ordenamiento jurídico.

Se extrae, de dicho precepto, la triple función que cumple la dignidad: a) función legitimadora del orden político y del ejercicio de todos los poderes públicos; b) función promocional de todos y cada uno de los derechos inherentes a la persona, de los ya reconocidos y de cualquier otro indispensable para la preservación de la persona; y c) función hermenéutica o interpretativa de todas las normas del ordenamiento jurídico en un doble plano: interno y supranacional²⁴⁰, en el marco de esa tutela multinivel de los derechos fundamental que ha sido reseñada anteriormente. Pasemos a ver brevemente, sin perjuicio de un análisis jurisprudencial más exhaustivo en un próximo capítulo, esos apuntes evolutivos a la vista de la jurisprudencia constitucional española.

4.2. Consolidar una evolución de la vida como presupuesto del ejercicio de los demás derechos fundamentales a una vida digna de ser vivida, también en el ámbito laboral

La evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional, según los casos o las sentencias que se revisan en este apartado, muestra diversas vulneraciones a los derechos de la persona a través de la dignidad, a su vez que ilustra sobre “cómo el TC

²³⁷ GARCÍA GARCÍA, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Universidad de Murcia, Murcia, 2003, p. 29.

²³⁸ *Ibidem*, p. 30.

²³⁹ MARÍN CASTÁN, María Luisa, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 9, 2007, p. 5.

²⁴⁰ *Ídem*.

iba recibiendo con atención, al decidir sus asuntos sobre derechos fundamentales, las líneas marcadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”²⁴¹.

La dignidad es la fuente de todos los derechos, por lo que de ella el artículo 10.1 CE hace brotar derechos inviolables que son inherentes a las personas. Lo dice el Tribunal Constitucional²⁴² cuando afirma que “el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes»”. En el caso de la sentencia analizada alrededor de la que gira el planteamiento del recurso planteado en su momento, es la protección del “nasciturus”²⁴³ y del derecho a la vida. Pero la vida no es el único derecho inherente a la dignidad del ser humano que ha de ser protegido, aunque sí es el principal.

En efecto, el engarce de esta fundamental afirmación del Tribunal Constitucional español sobre la dignidad y la vida como presupuesto del ejercicio de los demás derechos, nos impone a los efectos de nuestro estudio centrarnos en la reiterada dimensión socio-laboral de la dignidad, de tal manera que forjemos asimismo una vida digna de ser vivida, en la filosofía expresa en el Preámbulo constitucional español cuando se proclama la voluntad de garantizar “un orden económico y social justo” y asegurar “a todos una digna calidad de vida”. En consecuencia, se debe tener en cuenta “no sólo los derechos del hombre en cuanto persona humana y persona cívica, sino también de sus derechos en cuanto persona social implicada en el proceso económico y cultural, y, especialmente, de sus derechos como persona obrera”²⁴⁴.

²⁴¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Treinta años de afianzamiento de los derechos fundamentales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, p. 47.

²⁴² STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3.

²⁴³ Para poner en relieve cómo la legislación civil ha modificado la protección del concebido pero no nacido, recuérdese que la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia y por la Ley 26/2015, de 28 de julio de protección a la infancia y a la adolescencia.

Esta reforma prevé la protección del concebido no nacido, por cuanto considera la posible situación de riesgo prenatal. Sin embargo, no se encuentra una regulación exhaustiva en torno a los derechos y protección jurídica del *nasciturus* más allá del artículo 29 del Código Civil, que dispone que “El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. Es más, el artículo 30 reconoce que: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

²⁴⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando, “La Dignidad de la Persona en el Ordenamiento Constitucional Español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43, 1995, p. 71.

Desde este prisma, y al margen de un análisis jurisprudencial posterior más detallado, conviene introducir unas primeras pinceladas a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la dignidad en el ámbito laboral²⁴⁵.

Así, por ejemplo, en la STC 11/1998, de 13 de enero, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo presentado contra la STSJ – Sala de lo Social – de Madrid, de 30 de junio de 1995 y falla a favor del otorgamiento de amparo por vulneración del derecho a la libertad sindical (artículo 28 CE) en conexión con la protección de datos del recurrente (artículo 18.4 CE). La empresa hizo una utilización indebida de los datos facilitados por el trabajador con el fin lícito de descontarle la cuota sindical y transferirla al sindicato. Esta información fue utilizada para realizarle unos descuentos en sus retribuciones por su participación en una huelga, a pesar de que incluso esa participación no se dio. En su razonamiento, el TC desarrolla el concepto de libertad informática a partir del artículo 18.4 CE que “incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la *dignidad* y a los derechos de la persona. Además de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, es también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la *dignidad* y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (FJ 6).

Otro pronunciamiento interesante se contiene en la STC 224/1999, de 13 de diciembre (recurso de amparo núm. 892/1995, contra Sentencia que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó el 9 de febrero de 1995, recaída en el recurso de suplicación núm. 320/95) en donde se concluyó expresamente “que se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal (arts. 10 y 18.1 C.E.)”. Se trataba de una situación de acoso sexual en el trabajo que atentaba directamente contra la dignidad²⁴⁶. Además, en la *ratio*

²⁴⁵ Un buen balance de dicha jurisprudencia en el trabajo de OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008, pp. 147-169.

²⁴⁶ En el FJ 2 se planteaba la situación en estos términos: “La cuestión así planteada ante este Tribunal estriba en determinar si una trabajadora, como consecuencia de la conducta libidinosa del empresario, ha visto vulnerados sus derechos fundamentales y concretamente el que le garantiza la intimidad personal en el art. 18.1 C.E., pues en éste se inscribe el derecho a la protección del trabajador contra el conocido también como “acoso sexual” en el ámbito laboral por cuanto se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad, en desdoro de la *dignidad humana* (art. 10.1 C.E.), sin olvidar tampoco la conexión que en ocasiones pueda trabarse con el derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores

decidendi, el TC apunta asimismo que la situación es susceptible de presentar problemas de discriminación sexual: “el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 14 C.E.), presente siempre en el trasfondo, por afectar notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación. No puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes con las cuales implícitamente se pretende dosificarla, tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su *dignidad personal*” (FJ 5). A mayor abundamiento, al analizar estas cuestiones a la luz de la jurisprudencia del CEDS, han advertido los autores que “la discriminación por razón de género no está justificada en ningún caso por ser irrespetuosa con la dignidad de la persona”²⁴⁷.

Y completamos esta primera aproximación a la jurisprudencia constitucional sobre dignidad en el ámbito laboral con una referencia a la STC 66/2014, de 5 de mayo, sobre recurso de amparo núm. 3256/2012 contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó el recurso de apelación formulado por la Comunidad de Madrid y anuló la Sentencia de 25 de octubre de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 33 de Madrid, con la desestimación de su recurso contencioso-administrativo²⁴⁸.

Los hechos relevantes para la resolución de este recurso de amparo se pueden sintetizar en los siguientes: a) la demandante superó el proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, siendo nombrada funcionaria en prácticas por orden del Secretario de Estado de Justicia. Asimismo, fue convocada para la realización del curso teórico-práctico, cuyo inicio estaba previsto para el día 16 de febrero de 2009. Mediante escrito registrado en la Dirección General de Relaciones con

constitucionales, puedan afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres (art. 14 C.E.). Es cierto que aquella norma constitucional no se ha invocado en ningún momento por su número ni por su nombre, pero no lo es menos que los hechos determinantes y el agravio que constituyen son suficientemente significativos por sí mismos y permiten, sin esfuerzo, identificar el derecho fundamental agredido con el soporte de la *dignidad humana* que se adujo siempre como raíz de la reacción judicial de la víctima. Esto ha de ser suficiente para nosotros y en tal sentido nos hemos pronunciado tantas veces que hace superflua la cita de los precedentes”.

²⁴⁷ JIMENA QUESADA, Luis y TOMÁS MALLÉN, Beatriz, “Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 68, 2007, p. 347.

²⁴⁸ STC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 3.

la Administración de Justicia y de Política Interior de la Comunidad de Madrid, la demandante solicitó el aplazamiento de su incorporación al referido curso para poder realizarlo con los aprobados de la siguiente convocatoria al darse la circunstancia de que la actora tenía el parto programado para el día 17 de febrero de 2009. El Director General de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid acordó, conforme a lo solicitado por la actora, el aplazamiento de su incorporación al próximo curso selectivo que se convocase de la misma clase, conservando las puntuaciones obtenidas en el concurso-oposición correspondiente a la convocatoria en la que participó la solicitante. Se resolvió que la actora se incorporase al curso inmediatamente siguiente, aun correspondiendo el mismo a un turno de promoción interna, todo ello en atención a los principios de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante, LOI)²⁴⁹. En abril de 2010, la demandante de amparo dirigió un escrito al Ministerio de Igualdad, en el que denunció la posible actuación discriminatoria de la Comunidad de Madrid, dado que el curso todavía no se había realizado.

A través del FJ 2 se argumenta que se atenta contra la dignidad de la actora, al decir que “Por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, este Tribunal ha afirmado que «la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.» (SSTC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2)”.

Para concluir este capítulo conviene alertar, que “la dignidad humana en todas sus dimensiones está el peligro. Y en lo que en este momento interesa poner de relieve, la

²⁴⁹ Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 21 de diciembre de 2006. Superó el último trámite parlamentario en el Senado el 7 de marzo de 2007 y fue definitivamente aprobado por las Cortes el 15 de marzo del mismo año. Su publicación en el BOE –con cierta demora- apareció el 23 de marzo de 2007.

globalización neoliberal está sirviendo de coartada para introducir excepciones sistemáticas (es decir, contradictoriamente ‘normalizadas’) a la prohibición de retrocesos en los derechos sociales (*principio de irregresividad*) y a la mejora constante a través de la adaptación a la cobertura de los nuevos riesgos y sistemas de necesidades humanas (al *principio de progresividad*)²⁵⁰. En suma, más aún en tiempos de crisis (no únicamente la financiera y económica que soportamos desde inicios de 2008, sino asimismo la actual –que es financiera y económica, pero que amenaza con ser también de valores, entre ellos la propia dignidad– estallada a principios de 2020 a causa de la pandemia del Covid-19), en este capítulo hemos pretendido realzar la dignidad humana en el ámbito laboral, en congruencia con el principio *pro personae* o *favor libertatis*, o en clave laboral, *favor laboratoris* o *pro operario*.

²⁵⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, op. cit., p. 188.

CAPÍTULO 3. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS COMO TRABAJADORES

1. ANTECEDENTES. EL TRABAJO A TRAVÉS DE LA HISTORIA

La prestación de trabajo humano productivo ha sido considerada desde el inicio de los tiempos como un elemento que condiciona o crea oposición o conflicto en todas las formas de sociedades que han existido²⁵¹. A este escenario de fricción alude la doctrina española cuando se refiere al ambiente durante la aprobación de la ya derogada Ley 8/1980, de 10 de marzo, actualmente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), que “nació en un contexto político-económico bifronte y contradictorio”²⁵².

En la relación de intercambio de trabajo por salario, los sujetos que intervienen aportan intereses distintos y a su vez contrapuestos. Consecuentemente en la raíz de la relación de trabajo asalariado se encuentra inmerso un conflicto social de carácter estructural: la contraposición de intereses entre los que tienen los medios de producción y quienes aportan trabajo dependiente²⁵³.

Y en respuesta a la consecución de la integración de los conflictos sociales resultantes de este binomio, las diversas organizaciones políticas que se han ido sucediendo en la historia han creado sus propios instrumentos jurídicos adecuados a la época y a las circunstancias para apaciguar el conflicto social, instrumentos jurídicos que emiten los propios sistemas institucionales.

A continuación, brevemente, se hace mención a los distintos títulos jurídicos de que se han servido las sociedades pre-capitalistas para regular la apropiación del trabajo ajeno²⁵⁴.

La sociedad esclavista, donde se da el trabajo forzoso en régimen de esclavitud, tiene como ejemplo la Roma clásica (siglos II a.C. hasta V d.C.), donde todo el sistema

²⁵¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 42.

²⁵² ALARCÓN CARANCUEL, Manuel R., “Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: Entre la consagración del Estado Social y el efecto de las crisis económicas”, en *El Trabajo ante el cambio del siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Alarcón, M. R. y Mirón, M. M. (coords.), Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 10.

²⁵³ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 42.

²⁵⁴ *Ídem*.

productivo descansa sobre la base del trabajo forzoso. La prestación del trabajo forzoso lo realizaban los esclavos o los hombres no libres. Este trabajo, en régimen de esclavitud, tenía como principal característica ser socialmente productivo y buscaba la obtención de bienes y prestación de servicios para satisfacer necesidades. Además, era considerado un trabajo por cuenta ajena, ya que la apropiación de sus frutos se realizaba por persona distinta del propio esclavo, era el amo o el dueño el que se incautaba de los frutos. El hombre libre de la época, el *paterfamilias* romano, se ocupaba de la política, la guerra o la cultura y, a la vez, adquiría los frutos del trabajo de sus esclavos a título de propietario de los mismos, ya que los esclavos eran considerados como cosas o semovientes, por lo tanto, incapaces de ser titulares de relaciones jurídicas pudiendo decir que nos encontramos ante un modo originario de adquisición de la propiedad. Por otra parte, la prestación era obligada, independientemente de la voluntad del esclavo, quien era jurídicamente inexistente, además de hallarse subordinado al amo.

De todo esto se concluye que la apropiación del trabajo ajeno en la sociedad esclavista queda articulada a través del título jurídico del derecho real de propiedad del amo o dueño respecto de sus esclavos.

La sociedad esclavista romana conoció formas incipientes de trabajo prestado en régimen de libertad de forma que se puede hablar de trabajo no forzoso y en régimen de ajenidad, conocido como arrendamientos romanos. Se trata de trabajadores libres que realizaban sus tareas por cuenta ajena en sus propios talleres o, en su defecto, eran contratados a jornal en otros lugares por personas que necesitaban de su trabajo.

En esta forma de prestación laboral podemos distinguir modelos contractuales de arrendamiento, como son: la *locatio conductio operis* (arrendamiento de obra), en que se contrataba la ejecución de una obra o de un resultado singular en el que dicha ejecución debía efectuarse por un artesano en régimen de trabajo por cuenta propia; y la *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios), considerada como un auténtica prestación de servicios, remunerada y por cuenta ajena, modalidad en la que se cedía el propio trabajo y no su resultado, una especie de contrato de trabajo.

Más adelante, entre los siglos X a XIV, la estructura socioeconómica de la sociedad feudal descansaba sobre el trabajo del peón de la tierra, un trabajo en régimen de servidumbre. El sistema feudal comprendía las relaciones de dependencia y servicio de los campesinos establecidos en los dominios de los señores. Dichos señores asumían la

obligación y sostenimiento de los siervos o campesinos. A su vez el siervo, asumía con frecuencia el pago en dinero o en productos.

El trabajo que realizaba el siervo era caracterizado por ser un trabajo forzoso o no libre, ya que era impuesto y exigido por el señor quien se sentía respaldado por su propio poder jurisdiccional y militar. El señor feudal hacía suyos los frutos o resultados del trabajo de sus siervos, por lo que podemos decir que se trataba de un trabajo por cuenta ajena. La apropiación del trabajo ajeno dentro del régimen feudal se articulaba a través del derecho real de dominio (derechos señoriales).

Una sociedad urbana empieza a surgir y coexiste con la estructura feudal de campo. Con la aparición de la ciudad medieval urbana surgen manifestaciones de trabajo libre y por cuenta ajena que desembocan en lo que se denomina históricamente *régimen gremial*. El gremio es una corporación que integra a los artesanos de un mismo oficio o profesión dentro de la ciudad con el fin de atender a la defensa y ayuda mutua de sus miembros. En el seno de los gremios se desarrollan supuestos de prestación de trabajo por cuenta ajena en régimen de libertad.

Sin embargo, estas relaciones no se establecían realmente entre el gremio y los trabajadores, sino entre los propios maestros, el eslabón más alto de la formación profesional dentro del régimen gremial, a la vez estos maestros eran empresarios y titulares de los talleres agremiados. Luego, en el escalafón más bajo, venían los oficiales y aprendices, quienes eran los auténticos trabajadores por cuenta ajena, considerados agremiados de segunda categoría, excluidos de la dirección y control de la corporación gremial. La relación se articulaba a través de un auténtico contrato de arrendamiento de servicios o trabajo (de aprendizaje en su caso), título jurídico del intercambio de trabajo y su remuneración en metálico o en especie.

La sustitución de las relaciones feudales de producción, es decir, el llamado trabajo en régimen de servidumbre, por el sistema económico capitalista, conduce a la generalización de un nuevo conflicto social, que explicará históricamente la aparición de nuevos títulos jurídicos de apropiación del trabajo ajeno y de un nuevo ordenamiento jurídico de la prestación del trabajo asalariado.

Esta nueva situación de conflicto tiene también nuevos antagonistas sociales, el obrero asalariado que vende su fuerza de trabajo para poder vivir y el capitalista o empresario que posee los medios sociales de producción.

Este nuevo conflicto social se generaliza y se extiende rápidamente, resultado de un complejo proceso histórico donde concurren dos elementos determinantes: la revolución burguesa y la industrialización capitalista o revolución industrial.

La revolución burguesa hace referencia al proceso histórico a través del cual la burguesía, que ha construido su desarrollo durante toda la Edad Media, se convierte en clase social dominante. Con la revolución francesa de 1789, la burguesía revolucionaria protagoniza un modelo violento de acceso al dominio político, incorporándose a la historia de la humanidad dos trascendentales categorías culturales: el liberalismo como sistema de producción y el capitalismo como sistema económico o sistema de producción capitalista.

Como doctrina, el liberalismo, aporta la filosofía sustentadora que da justificación racional a la nueva sociedad burguesa o sociedad liberal. Se relaciona con la noción de libertad y supone la implantación de valores como el sistema de libertades formales, el racionalismo o el constitucionalismo. Esta nueva doctrina extiende su campo de acción a todos los ámbitos de la vida y quehaceres humanos. En el campo económico el liberalismo prescribe la abstención del Estado en la actividad económica (*laissez faire, laissez passer*). La no intervención del Estado asegura la igualdad entre todos los individuos lo cual establece un marco de competencia perfecta, sin manipulaciones de ningún tipo, dándose la facultad de las partes en una relación contractual –podría ser el intercambio de trabajo por salario– de establecer el contenido de la propia relación contractual. En cuanto al plano político, el liberalismo inspiró el Estado de derecho, dentro del marco de la democracia liberal durante el siglo XIX. Se propicia el establecimiento de códigos civiles, constituciones, creación de instituciones basadas en la división de poderes y se defienden principios como la libertad y la igualdad.

Surge un nuevo sistema de producción que descansa sobre la propiedad privada de los medios de producción y las relaciones sociales resultantes, el sistema capitalista. Este nuevo modo de producción se basa en una relación de intercambio básico, libremente realizado y sometido a las reglas económicas del mercado como a las de la contratación civil, de trabajo por salario en régimen de libertad. El trabajo retribuido, prestado en régimen de ajenidad, dependencia y libertad constituye la diferencia del sistema productivo capitalista que ha llegado hasta el presente.

Llegamos a la etapa de la revolución industrial, que es el proceso de transición de una fase primitiva e inmadura del capitalismo a otra en que el sistema de producción

basado en el trabajo manual se transforma en una forma diferente, basada en la industria y la manufactura. Se inició en Inglaterra, pero luego se expandió por Europa. Comenzó con la mecanización de las industrias textiles y el desarrollo en los procedimientos para tratar el hierro. Se aumentó la cantidad de producción, pero se acortaron los tiempos para producir, hay división del trabajo, acortamiento de tareas y tiempos, dando paso a la producción en serie. Aparece la figura de especialistas y peones: unos observan con atención, otros ponen su esfuerzo físico frente a los anteriores profesionales de oficio que conocían todo el proceso productivo de manera integral. Finalmente, se establece una relación directa entre el capitalista y los asalariados. Esta masiva industrialización productiva trajo notables consecuencias sociales que condujeron a la explotación sistemática de la clase trabajadora.

Después de la sustitución del trabajo humano por la máquina y sus consecuencias inherentes como son el incremento de los rendimientos, la división del trabajo, las concentraciones urbanas que originaban un excedente de mano de obra que era susceptible de ser explotada, la clase obrera se siente contrariada ya que, por las leyes del mercado, el intercambio de trabajo por salario estaba sometido, al igual que cualesquiera otras relaciones económicas, a las leyes de la oferta y la demanda. Todo esto trajo como consecuencias jornadas de trabajo interminables, salarios insuficientes, condiciones laborales precarias y en ambientes nocivos para la salud, incluso la explotación de la fuerza de trabajo de las mujeres y de los niños. Se llegó a un punto en que la explotación del proletariado industrial amenazó su subsistencia como grupo social, tal es así que surgió una respuesta inmediata a esta situación de miseria y de pobreza paupérrima, lo que llegó a denominarse en aquella época la cuestión social. A través de dos procesos históricos, que fueron además el surgimiento del derecho laboral: el movimiento obrero y la intervención del Estado en el problema social con la creación de una legislación protectora del trabajo asalariado.

Tras los grandes cambios que evidenció la revolución industrial en el mundo del trabajo, se vio la necesidad de empezar a regular las relaciones laborales entre patronos y asalariados. La primera ley creada en España creada específicamente para tal fin fue la Ley Benot, de 24 de julio de 1873, dirigida a dar protección a los menores frente al abuso en las condiciones laborales en que trabajaban en la industria. Entre los factores que más influyeron en la elaboración de las primeras leyes de trabajo estaban, sin duda, los movimientos obreros. Como recuerda Martínez Peña, en 1873, la fuerza de esos

movimientos estaba lejos del potencial que alcanzarían en años posteriores pero su presencia social y su capacidad para influir en la sociedad iba en aumento. Así, en aquel año, su reivindicación clave era la reducción de las horas de trabajo²⁵⁵.

Esas condiciones protectoras del trabajador tratarán de dignificar el trabajo en el sentido de humanizarlo, de crear un “régimen de trabajo realmente humano” al que alude el preámbulo de la Constitución de la OIT, que implica en un sentido estricto que las condiciones en las que se ejercita la prestación laboral han de ser humanas: los términos cuantitativos del intercambio salarial (salario, tiempo de trabajo, prestaciones sociales), la seguridad física en el trabajo y las libertades colectivas son respetadas. Pero en su interpretación “fuerte” la dignidad laboral no sólo se refiere a las condiciones específicas del trabajo sino al trabajo en sí mismo y al trato dispensado al trabajador. Se trata de una dimensión nueva, “dignidad de las condiciones de la vida personal y laboral” que ha sido reconocida en textos normativos, desde la Constitución española a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, y refrendado en claros pronunciamientos de la jurisprudencia nacional y comunitaria.

En el caso de España, definido como un Estado social y democrático de Derecho, no pueden dejar de mencionarse determinados logros que, desde el plano de la legislación ordinaria, se materializaron de forma pionera y concreta, en la realización de un derecho al trabajo²⁵⁶, pieza esencial en el proceso de construcción del Estado social. Los logros se refieren, por ejemplo, a la promulgación de la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931, que se dio en un ambiente receptivo y sensible al reconocimiento de los derechos fundamentales.

Materializaciones pioneras, a decir de Sastre Ibarreche, como la normalización sobre colocación obrera, la incorporación del método de preferencia vecinal de empleo, utilización de mano de obra temporal o el laboreo forzoso.

Como el resto de los derechos humanos, el derecho al trabajo tiene su origen en la dignidad y el valor de la persona y, a pesar de las dificultades del contexto económico o los avances tecnológicos, es el único que no admite recortes ni reversibilidad: “El trabajo es, pues, un deber y un derecho, que expresa, por un lado, la obligación de servir

²⁵⁵ MARTÍNEZ PEÑA, Leandro, “Los inicios de la legislación laboral española”, *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, núm. 1, volumen I, p. 29.

²⁵⁶ SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Valladolid, 1996, 1ª edición, p. 51.

socialmente, y por otro la dignidad personal”²⁵⁷. El ordenamiento laboral español debe inspirarse en la centralidad del trabajo en la vida humana, directamente en relación con la dignidad y el desarrollo de la personalidad. El deber de trabajar y el derecho al trabajo es una exigencia de la dignidad humana.

Las condiciones bajo las que los poderes públicos deben facilitar la creación de un trabajo han de ser las de un trabajo productivo, realizado en condiciones de libertad, equidad y seguridad, que permita al trabajador el desarrollo de su personalidad y el respeto a su dignidad (artículo 10.1 CE) en un marco jurídico en el que los derechos de los trabajadores sean reconocidos y activamente defendidos y los propios trabajadores cuenten con una adecuada protección social²⁵⁸. Estas demandas se refieren a cualquier trabajador puesto que afectan a las condiciones del trabajo, sea cual sea el sujeto que lo realiza y que, sin embargo, no se respetan frecuentemente en los llamados inmigrantes económicos, aquellas personas movidas por la búsqueda de mejores condiciones de vida e incluso de la misma supervivencia, en los países europeos²⁵⁹.

Llegados al contexto contemporáneo, el mercado laboral se ha visto modificado profundamente por una generalización del empleo atípico²⁶⁰. Si bien este término designa a modalidades de empleo diferentes a las del empleo común o estándar, tales como el empleo temporal, empleo por medio de agencia, empleo encubierto, empleo por cuenta propia económicamente dependiente y otros, es evidente que en los países desarrollados este tipo de trabajo también ha aumentado en ámbitos del mercado laboral relacionados con empleos clásicos. Así, es sabido que no todas las relaciones cuyo objeto es la prestación de una actividad poseen naturaleza laboral y a pesar de que el legislador ha establecido unas notas definitorias claras (personalidad, voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia), la variedad de contratos bajo formas atípicas ha colocado a muchos colectivos en situaciones laborales escasamente protegidas por el Derecho laboral. No es este el lugar para profundizar en los motivos de estas

²⁵⁷ PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, op. cit., p. 44.

²⁵⁸ STC 119/2014, de 16 de julio. Un comentario a la misma en REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 417-437.

²⁵⁹ LÓPEZ GUERRA, Luis, “Crisis económica y derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 399-414 y PALACIOS SANABRIA, M^a Teresa, “Dignidad humana para los extranjeros. Aspectos normativos y jurisprudenciales en el DIDH”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 35, 2014, pp. 275-301.

²⁶⁰ Por todos, véase CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo” en *El trabajo ante el cambio de siglo. Un tratamiento multidisciplinar*, op. cit., pp. 192 y ss.

modificaciones ni en las múltiples fórmulas de contratación y relaciones laborales, pero pueden señalarse estas dos indudablemente: la creciente desigualdad social y la innovación tecnológica²⁶¹. La OIT en un informe sobre el empleo atípico de 14 de noviembre de 2016 sostenía que estas tipologías de empleos podían facilitar el acceso al mercado laboral incluso de grupos desfavorecidos – como los jóvenes y migrantes – así como otras ventajas (flexibilidad para empresas y trabajadores y oportunidad para acceder a un mejor empleo) pero también advierte que algunas modalidades de este tipo de empleo pueden ir asociadas a una mayor inseguridad laboral²⁶².

En un documento elaborado 6 meses después sobre migración laboral²⁶³, la OIT ponía el énfasis en el déficit de trabajo decente que sufren los trabajadores migrantes, incluyendo “vulneraciones de los principios y derechos fundamentales en el trabajo y otras infracciones, cuando buscan empleo en el extranjero y durante su estancia en el país de empleo”. Estas violaciones son descritas como «costos de la migración laboral» y los padecen en mayor grado los trabajadores menos calificados porque son un recurso más abundante que los altamente calificados de forma que se les contrata habitualmente en el marco de “programas de migración temporal, con frecuencia después de abonar honorarios a reclutadores de mano de obra y en sectores caracterizados por *formas atípicas* de empleo y mayor informalidad, y donde los déficits de trabajo decente son más comunes”.

Posteriormente en un informe sobre empleo y sostenibilidad medioambiental²⁶⁴ desde la perspectiva del mundo del trabajo se manifiesta que alcanzar la sostenibilidad ambiental es una cuestión de justicia social, pues las mujeres y los trabajadores inmigrantes, entre otros grupos, están expuestos de forma particular a los riesgos y peligros consecuencia del deterioro medioambiental. Pensemos en los miles de trabajadores inmigrantes que desarrollan labores en el campo, vulnerables al cambio climático, grupos de riesgo que incluyen a las poblaciones no cubiertas por los sistemas nacionales de protección social, como los trabajadores migrantes y los trabajadores de la

²⁶¹ Seguimos a RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana y ÁLVAREZ CUESTA, Henar, *Trabajo autónomo y trabajo por cuenta ajena: nuevas formas de precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2019, pp. 13 y ss.

²⁶² OIT, *El empleo atípico, una característica del mundo de trabajo contemporáneo*, Informe de 14 de noviembre de 2016.

²⁶³ OIT, *Migración laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza*, Documento de Conferencia de 10 de abril de 2017.

²⁶⁴ OIT, *Perspectivas sociales del empleo en el mundo 2018: la sostenibilidad ambiental con empleo*, Informe de 13 de agosto de 2018.

economía informal. El deterioro del medioambiente, según el informe, limita el derecho al trabajo y produce mayor desigualdad. Existen disposiciones dirigidas a la protección de los trabajadores en este ámbito como son el Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 141), y la Recomendación núm. 149 complementaria, que promueven la organización de los trabajadores rurales y agrícolas e indirectamente benefician a los trabajadores migrantes, cuya participación en la agricultura es muy alta. Es una realidad que el cambio climático y la degradación medioambiental expulsan a las personas de sus lugares de origen, obligándoles a emigrar. Así, “Si bien la migración puede ser una estrategia de adaptación, también puede poner a los trabajadores migrantes en una situación de vulnerabilidad ante la discriminación y la explotación laboral en las zonas de destino, especialmente las urbanas, donde tienden a encontrar empleo en la economía informal”²⁶⁵.

En 2019, la OIT habla sobre el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo y el trabajo telemático²⁶⁶, adelantándose al uso generalizado que hemos hecho ante la pandemia del Covid-19. Aunque este informe no se refiere al trabajo de los inmigrantes, es importante destacar los efectos que “tampoco parecen ser principalmente negativos. En su aspecto positivo, los trabajadores refieren menor tiempo de desplazamiento, mayor autonomía en la organización del tiempo de trabajo, mejor conciliación general entre la vida laboral y personal y mayor productividad. Las desventajas de T/TICM más inconvenientes para los trabajadores parecen ser su tendencia a prolongar las horas de trabajo, crear una superposición entre el trabajo remunerado y la vida personal debido al desdibujamiento de los límites entre ambos, y también promover la intensificación del trabajo”²⁶⁷. Ese mismo año, la OIT adoptó los primeros convenios sobre las mujeres y el trabajo²⁶⁸. Un siglo después, las mujeres son una fuerza en el mercado de trabajo, han logrado superar muchos obstáculos, lo reconoce así en su informe, pero no podemos considerarlo suficiente. El informe pone de manifiesto las principales diferencias de género y los obstáculos que encuentran las mujeres -incluidas las migrantes- para acceder al trabajo decente. En los países de ingresos altos, un notable porcentaje de la

²⁶⁵ OIT, *Perspectivas sociales del empleo en el mundo 2018: la sostenibilidad ambiental con empleo*, op. cit., p. 111.

²⁶⁶ OIT, *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Informe de 10 de octubre de 2019.

²⁶⁷ OIT, *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, op. cit., p. 58.

²⁶⁸ OIT, *Un paso decisivo hacia la igualdad de género: En pos de un mejor futuro del trabajo para todos*, de 7 de marzo de 2019.

población es pobre, pese a tener un trabajo, siendo las mujeres quienes salarios más bajos perciben, junto con los trabajadores migrantes y los trabajadores con un empleo temporal. Por otra parte, los trabajadores más vulnerables a la discriminación no han tenido una protección suficiente, “ya que la eficacia en la práctica de las leyes que prevén la igualdad y la no discriminación suele depender de los litigios”²⁶⁹, siendo dichos trabajadores quienes no suelen utilizar la vía judicial para obtener reparación, ya sea por falta de información o a por temor a represalias, o a su exclusión total de la legislación laboral, como ocurre en el caso de muchos trabajadores de la economía informal o de muchos trabajadores domésticos migrantes. Este Informe contiene también una referencia a los Objetivos de Desarrollo Sostenible para un futuro mejor para las mujeres en el trabajo, destacando el objetivo 8.8 “Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios”.

Ya en el presente año 2020, la OIT ha redactado varios informes, de los que destaca por lo que a este estudio se refiere, el informe acerca de las perspectivas sociales en el empleo²⁷⁰, que además analiza los déficits de trabajo decente y las persistentes desigualdades del mercado laboral, señalando que la desigualdad de los ingresos es más alta de lo que se había previsto. En Europa “el endurecimiento de los mercados de trabajo de países como Alemania y Países Bajos, junto a la mayor incertidumbre y la desaceleración económica general, están lastrando el crecimiento del empleo”²⁷¹ y el envejecimiento demográfico preocupa, consecuentemente no se puede asegurar el pago de pensiones, porque el número de pensionistas aumenta a la vez que el promedio del tiempo durante el que cobran las pensiones.

El más reciente informe sobre salarios y Covid-19²⁷², confirma que la pandemia de Covid-19 provocó que los salarios se redujeran o crecieran más lentamente en dos de cada tres países del mundo en lo que va del año. En el tercio restante el aumento del salario fue “artificial” porque la gran cantidad de trabajadores que perdieron sus empleos y cuyos datos ya no se incluyen entre los asalariados distorsiona el resultado.

²⁶⁹ *Íbidem*, p. 68.

²⁷⁰ OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo Tendencias 2020*, Informe de 5 de octubre de 2020.

²⁷¹ OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo Tendencias 2020*, op. cit., p. 62.

²⁷² OIT, *Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021: Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19*, de 2 de diciembre de 2020.

Los efectos más desfavorables se han dado en el salario de las mujeres y de los trabajadores con remuneraciones más bajas. En este último se encuentran las mujeres y los trabajadores inmigrantes. “Tras el análisis de una selección de países europeos, los resultados indican que, sin el pago de subsidios salariales, los trabajadores hubieran perdido el 6,5 por ciento de la masa salarial entre el primer y el segundo trimestre de 2020”²⁷³. Dichos subsidios benefician especialmente a los trabajadores con menores ingresos, lo que probablemente ayude a frenar la desigualdad.

2. *NORMATIVA DE DESARROLLO: LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS COMO TRABAJADORES*

Este apartado se centra en el análisis de la normativa jurídica que se refiera al extranjero como trabajador. Comenzaremos con un repaso de los tratados internacionales, con especial atención a la producción normativa de la Organización Internacional del Trabajo, y de la legislación comunitaria. A continuación, se tratará el estatuto jurídico-laboral del extranjero en España para lo que realizamos un análisis del artículo 35 CE, precepto central en esta investigación, y los artículos constitucionales relacionados con el derecho al trabajo y todos los derechos laborales, colectivos e individuales, que consagra el ET. Cerramos con una exposición –breve, por haber sido objeto de estudio en apartados anteriores– el contenido de la Ley de Extranjería que se refiere al inmigrante como trabajador.

2.1. El estatuto del extranjero trabajador en los tratados internacionales

Los tratados internacionales son normas con rango de ley en el ordenamiento jurídico español (*ex* artículo 96 CE) y por ello influyen en la cimentación del estatuto de los extranjeros en España además de contribuir a determinar la configuración de ese estatuto por expreso mandato del artículo 13.1 CE.

Los tratados internacionales de trascendencia universal no hacen referencia alguna a los derechos de los extranjeros, puesto que no son sujetos de derecho internacional en sentido estricto, por lo que solo proclaman la igualdad y prohíben la discriminación por razones supeditadas al origen nacional²⁷⁴.

De este modo, la DUDH, que conforma el sistema del derecho internacional

²⁷³ OIT, *Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021: Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19*, op. cit., p. 1.

²⁷⁴ GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, op. cit., p. 15.

consuetudinario, en su artículo 2 determina que todas las personas tienen los derechos y libertades proclamados en ella, sin distinción alguna debida a su origen nacional o social, entre otras condiciones. Entonces, los derechos humanos de esta declaración deben ser garantizados tanto a los nacionales o extranjeros, estos últimos se encuentren o no en situación administrativa regular. Y en su artículo 23 manifiesta que “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. Es importante destacar en este momento que, a pesar de tratarse de una Declaración –texto de no obligatorio cumplimiento por los firmantes– la Constitución española en su artículo 10 determina la cláusula interpretativa que supone que tanto la DUDH como los tratados se convierten en parámetro interpretativo de todos los derechos y libertades contenidos en el Título I de nuestra Constitución.

El listado de acuerdos de la ONU puede completarse con algunos instrumentos específicos. En primer lugar, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial²⁷⁵ obliga en su artículo 5 a los Estados partes a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, en particular y entre otros, en el goce de “i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria”. En segundo lugar, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985. Así en su artículo 3 se indica: «Todo Estado hará públicas las leyes o reglamentaciones nacionales que afectan a los extranjeros»; lo cual se completa con lo dispuesto en el siguiente artículo: «Los extranjeros observarán las leyes del Estado en que residan o se encuentren y demostrarán respeto por las costumbres y tradiciones del pueblo de ese Estado». En el mismo sentido el artículo 8 hace la siguiente referencia: «Los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado gozarán también, con arreglo a las leyes nacionales, de los siguientes derechos... el derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, a salarios justos y a igual remuneración por trabajo de igual valor sin distinciones de ningún género...».

²⁷⁵ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965 y en vigor desde el 4 de enero de 1969.

De igual manera podemos referirnos al PIDESC de 1996, que proclama en su artículo 2 que los Estados parte de este Pacto tienen el compromiso de garantizar los derechos enunciados, sin que exista discriminación por causa de raza, color, idioma, origen nacional o social, entre otros. Existe un matiz en el tercer apartado del mismo artículo, donde reconoce que “los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”. Así se justifica de algún modo el trato diferenciado hacia personas extranjeras que se encuentran en un país con dichas características. Sin embargo, más específicamente, el artículo 6.1 dispone que “Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomará las medidas adecuadas para garantizar este derecho”. Por su parte, recordamos el enunciado del artículo 7 que determina que “Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (...)”, entre ellas: remuneración, salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias, seguridad e higiene en el trabajo, derecho a la promoción en igualdad de condiciones o derecho al descanso y vacaciones. Como sostiene la doctrina, “las líneas maestras (del Pacto) son coincidentes con las del texto de la DUDH: garantía del derecho al trabajo, delimitación de la posición jurídico-estatutaria de la persona que trabaja y garantía del derecho a la existencia digna”²⁷⁶.

Como hemos mencionado anteriormente, todos estos tratados no distinguen en cuanto a la titularidad de los derechos que proclaman por razón de la nacionalidad, por lo cual se entiende que los extranjeros residentes en España son titulares de dichos derechos que, puesto que se integran a nuestro ordenamiento como normas de rango infraconstitucional, (artículos 95 y 96 CE), se consideran derechos subjetivos.

2.2. El sistema universal especializado en materia laboral: los convenios de la OIT sobre los trabajadores migrantes

En el ámbito internacional, la OIT es el organismo más importante que garantiza los derechos de los trabajadores migrantes. De hecho, los primeros reconocimientos de

²⁷⁶ MONEREO PÉREZ, José Luís, “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho “al trabajo” en la “sociedad del riesgo”?, *Temas Laborales*, núm. 26, 2014, p. 51.

los derechos laborales se recogen en la labor de esta Organización desde 1919 año de su creación por el Tratado de Versalles, antes incluso de su proclamación en la DUDH.

La OIT tiene como objetivos principales promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo. Se encarga de elaborar normas internacionales del trabajo –convenios y recomendaciones– que definen las normas mínimas que se deben respetar en los ámbitos de su competencia.

Los tres textos fundamentales en relación con la OIT son, en primer lugar, la *Constitución de la OIT* de 1919 que consagra los Principios Generales en materia laboral²⁷⁷, que como vimos en páginas anteriores, fueron reformados en 1944. La Declaración de Filadelfia cita la dignidad del trabajador en el marco de las relaciones laborales y expresa que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades y reafirmó la máxima de que *el trabajo no es una mercancía*, es decir, que las personas que trabajan deben ser tratados como seres humanos, con dignidad y respeto. En tercer lugar, en un contexto de globalización de la economía, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la ya citada *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* el 8 de junio de 1998. Plantea el compromiso de garantizar el respeto a los derechos básicos de los trabajadores y considera que se “debería prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular, a los desempleados y los trabajadores migrantes, movilizar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo”. En este contexto, trata de garantizar para todos “un trabajo decente”, cuestión sobre la que avanza en la Declaración la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 10 de junio de 2008. Esta formulación del trabajo decente es el equivalente al “trabajo desarrollado en condiciones dignas” que se recoge en los tratados internacionales

²⁷⁷ Asimismo, destaca el Preámbulo de la Constitución de la OIT donde se alude a la pugna de la OIT contra las condiciones de trabajo abusivas y la necesidad de establecer un régimen de trabajo humano. Así, se propone la regulación de una serie de derechos laborales y mejorar sus condiciones como la fijación de las horas de trabajo, el reclutamiento de la mano de obra, la lucha contra el paro, la garantía de un salario que asegure las condiciones de existencia convenientes, la protección de los trabajadores contra las enfermedades o los accidentes de trabajo, la supresión del trabajo de los niños, etc.

analizados en el apartado anterior.

Este organismo ha reglamentado de manera específica sobre el trabajo de las personas migrantes mediante instrumentos diversos. Como explica la doctrina²⁷⁸, estos instrumentos se basan en cuatro condiciones: primera, es posible que se organice la migración de la mano de obra mediante la coordinación entre los países de empleo y los países de origen; segunda, la decisión de migrar así como la de autorizar o no la migración de la mano de obra es una decisión racional que implica que se conocen las condiciones de trabajo y de vida del país receptor; tercera, la normativa que protege a la mano de obra migrante ha de incidir en la protección de los trabajadores nacionales; y, cuarta, la protección de la mano de obra migrante frente a la explotación, la discriminación en el trato y oportunidades respecto de los trabajadores nacionales conlleva que se equiparen el costo de la mano de obra migrante al de la fuerza de trabajo nacional.

Derivada de esa regulación la OIT ha adoptado un par de Convenios que contienen interesante desarrollo de normas referentes al estatuto del extranjero:

- Convenio núm. 97 sobre trabajadores migrantes²⁷⁹ que se aplica a los trabajadores que emigran por motivos de empleo y reglamenta las condiciones en las que se producen las migraciones y las garantías para asegurar la igualdad de estos trabajadores en diversos ámbitos: la información que los Estados se deben poner a disposición mutua; la creación de servicios de asistencia e información gratuitos para los trabajadores migrantes; facilidades de salida, estadía y acogida de migrantes; servicios médicos para estos y sus familias; la obligación de cada Estado ratificante de aplicar a los inmigrantes que se encuentren lícitamente en su territorio, sin discriminación por motivos de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales respecto a determinadas cuestiones.
- Convenio núm. 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores

²⁷⁸ CARO MUÑOZ, Ana I. y CUEVA PUENTE, M^a del Carmen, “Multiculturalismo y contrato de trabajo. Algunos desafíos de la integración laboral de los extranjeros en España”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 9, 2006, p. 236.

²⁷⁹ Adoptado el 1 de julio de 1949 y revisado en 1949 por la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, revisado a su vez en 1967. España ratificó el Convenio núm. 97 el 21 de marzo de 1967 (BOE núm. 135, de 7 de junio de 1967).

migrantes (disposiciones complementarias)²⁸⁰. Este Convenio establece la obligación general de respetar los derechos fundamentales de todos los trabajadores migrantes y adoptar las medidas necesarias para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes. Asimismo, obliga a los Estados parte a fomentar una auténtica igualdad de trato de los migrantes en lo que se refiere a empleo y ocupación, seguridad social, derechos sindicales y culturales, y libertades individuales y colectivas. La Recomendación núm. 151, de 24 de junio de 1975, complementa este Convenio.

Al respecto, es un caso singular el tratado internacional que se refiere específicamente a los extranjeros como sujetos titulares de derechos, la CTMF, analizada en el capítulo segundo desde la perspectiva del reconocimiento del trabajo digno. Esta Convención, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 y que fue redactada sobre la base de dos instrumentos anteriores de la OIT, los mencionados Convenios núm. 97 y núm. 143. Este tratado entró en vigor el 1 de julio de 2003 y ha sido ratificado por 39 estados sin que ningún Estado miembro de la UE lo haya hecho hasta el momento, exclusión que se ha interpretado por algún autor con una falta de compromiso integral de España con los derechos humanos de las personas migrantes²⁸¹.

La CTMF trata de proteger a toda persona que lleve a cabo “una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” y garantizar que su ejercicio no se vea afectado por ningún tipo de distinción. En este sentido, el acuerdo consagra la protección de los derechos fundamentales de los migrantes y sus familias independientemente de su estatus legal, tanto documentados como indocumentados, clarificando igualmente que sus disposiciones no suponen “la regularización de trabajadores no documentados o en situación irregular” (artículo 35). En lo que respecta a los trabajadores migrantes legalmente establecidos se protege el acceso a planes de vivienda de interés social, la facilitación de transferencias al Estado de origen, la prevención de la doble tributación y el cubrimiento, en igualdad de condiciones que los nacionales, de los seguros de desempleo. Por el lado de los Estados parte, el Convenio explicita que les corresponde el establecimiento de los requisitos de otorgamiento de

²⁸⁰ Adoptado el 24 de junio de 1975 y entró en vigor el 9 de diciembre de 1978.

²⁸¹ ESTRADA TANCK, Dorothy, “Protección de las personas migrantes indocumentadas en España con arreglo al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2017, p. 277.

autorizaciones de residencia y de trabajo, restringir el acceso a categorías de empleo o la libre elección de una actividad remunerada. Y en el lado de las obligaciones impone a los Estados el deber de luchar contra el tráfico de personas, la eliminación de la contratación ilegal y la facilitación del acceso a los servicios consulares.

Finalmente, enumeramos otros Convenios de la OIT relacionados con el ámbito del trabajo que parten de la premisa de la igualdad de todo trabajador sin tomar en consideración su nacionalidad. Así, el Convenio núm. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado el 28 de junio de 1930 y que entró en vigor el 1 de mayo de 1932²⁸²; Convenio núm. 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso, adoptado el 25 de junio de 1957 y cuya entrada en vigor se produjo el 17 de enero de 1959²⁸³; Convenio núm. 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado el 26 de junio de 1958 y que entró en vigor el 15 de junio de 1960²⁸⁴, Convenio núm. 122 relativo a la política de empleo, adoptado el 9 de julio de 1964 cuya entrada en vigor se produjo el 15 de julio de 1966²⁸⁵; Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, adoptado el 21 de junio de 1988 y su entrada en vigor se produjo el 17 de octubre de 1991 (no ratificado por España).

3. EL ESTATUTO DEL EXTRANJERO TRABAJADOR EN LA NORMATIVA EUROPEA

El primer conjunto de normas con incidencia sobre el derecho del trabajo que vamos a analizar es, por su importancia, la normativa de la UE que comprende los sucesivos Tratados que se han ido aprobando, unos complementando, otros reemplazando los anteriores, así como la normativa del Consejo de Europa con sus dos instrumentos clave.

3.1. La Unión Europea

La UE, como organización supranacional resultante de la evolución institucional que acompaña al proceso de integración surgido en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, tiene Tratados fundacionales que han sido objeto, con el tiempo, de un

²⁸² Complementado por el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, ratificado el 20 de septiembre de 2017.

²⁸³ Ratificado por España el 6 de noviembre de 1967 (BOE núm. 291, de 4 de diciembre de 1968).

²⁸⁴ Ratificado por España el 6 de noviembre de 1967 (BOE núm. 291, de 4 de diciembre de 1968).

²⁸⁵ Ratificado por España el 28 de diciembre de 1970 (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 1972).

continuado proceso de ampliación material. Como sabemos, la construcción europea persigue la creación de un espacio de libre circulación de personas, mercancías y servicios lo que tiene un impacto directo en el régimen jurídico de los trabajadores que, en una primera clasificación, ya podrán dividirse en comunitarios – equiparados jurídicamente a los nacionales del Estado miembro – y extranjeros – procedentes de países no comunitarios –.

En referencia al ámbito laboral haremos mención de lo siguientes:

A. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero

La historia de la integración europea comienza con la mención obligatoria del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado el 18 de abril de 1951 y que entró en vigor el 23 de julio de 1952. Alentado por Robert Schuman, ministro de Relaciones Exteriores de Francia, y Jean Monnet será el antecedente directo de la Europa de Seis (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos) y su objetivo era hacer interdependientes los sectores del carbón y del acero para bloquear cualquier intento de movilización armada. En última instancia, evitar una nueva confrontación europea tras la finalización de la devastadora Segunda Guerra Mundial. El tratado expiró el 23 de julio de 2002.

B. Tratados de Roma: Tratados de la Comunidad Económica Europea (TCEE) y Euratom

Se trata de los Tratados CEE y Euratom aprobados el 25 de marzo de 1957. Europa se encontraba en un proceso de expansión económica y de desarrollo del pensamiento liberal y el objetivo principal del Tratado de la Comunidad Económica Europea fue “*el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros*” (artículo 2).

Las disposiciones sociales eran pocas, estaban vinculados a la construcción del mercado interior²⁸⁶, se encontraban a lo largo de todos los títulos y no todas eran de obligado cumplimiento. Cabe citar las siguientes:

²⁸⁶ Esto resultaba coherente con el objetivo con el que nacieron las Comunidades Europeas que era un objetivo económico, inspirado en el liberalismo y con el fin de crear un mercado común que, a la vez, permitiera asegurar la paz y lograr un terreno de recuperación económica fuera de la influencia de los Estados Unidos y la URSS (NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una lectura social de sus disposiciones generales”, *Working Paper*, 2017. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/315791416>).

- Se regula la libre circulación de trabajadores que es definida como “la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”, según el artículo 48.2 del Tratado. Esta declaración permitía responder a ofertas efectivas de trabajo, desplazarse libremente, residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo y permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo. Sin embargo, podrá impedirse el ejercicio del derecho basándose en las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, de acuerdo con el artículo 56.1 del Tratado.

- Se establecerá “un programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento”, según el artículo 54 del Tratado y se restringe la posibilidad de “introducir nuevas restricciones al establecimiento en su territorio de nacionales de otros Estados miembros”, de acuerdo con el artículo 53 del Tratado.

- Se reconoce *la necesidad, de acuerdo con el artículo 117 del Tratado, de “promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores a fin de conseguir equiparación por la vía del progreso”*.

- Se debe promover, según el artículo 118 del Tratado, “una estrecha colaboración entre los estados miembros en el ámbito social, en toda una serie de materias que se quieren proteger: empleo, derecho de trabajo y condiciones de trabajo, formación y perfeccionamiento profesionales, higiene del trabajo, derecho de sindicación, negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo y la existencia de regímenes de vacaciones retribuidas”.

C. Tratado de Bruselas

Se trata de un tratado firmado el 8 de abril de 1965 conocido como el Tratado de fusión puesto que su objetivo era racionalizar las instituciones europeas. Los cambios más relevantes que introducen fueron la creación de una Comisión y un Consejo únicos al servicio de las tres Comunidades Europeas existentes en el momento (CEE, Euratom y CECA-Comunidad Europea del Carbón y el Acero). Quedó derogado por el Tratado de Ámsterdam.

D. Acta Única Europea

En los años 80 se gestó un contexto de presión porque la UE reconociera los derechos y libertades fundamentales, así como los derechos económicos, sociales y culturales incorporados en las Constituciones de sus Estados miembros, en el CEDH y en la CSE en tanto elaboraba su propia declaración de derechos.

Este marco presidió la aprobación del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, que tenía por objeto revisar los Tratados de Roma para reactivar la economía y completar el mercado interior. En su Preámbulo se recoge el compromiso de la UE en respetar los derechos y libertades fundamentales y mantener el nivel de protección de los mismos.

Aunque no se producen importantes avances en el ámbito social, el Acta Única Europea incluye dos nuevos artículos relevantes para la consecución del mercado interior: en primer lugar, el artículo 118 A TCE que autoriza al Consejo por mayoría cualificada a establecer las condiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo para “proteger la seguridad y la *salud* de los trabajadores”. Se mantiene, no obstante, la unanimidad para los preceptos referidos a los “derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena” y para la libre circulación de trabajadores. En segundo lugar, el artículo 118 B TCE que introduce el diálogo social entre candidatos y la patronal a nivel europeo.

E. El Tratado de la Unión Europea – Tratado de Maastricht

Firmado en Maastricht en 1993 transforma la Comunidad en una Unión sustentada en tres pilares: las Comunidades Europeas (primer pilar), el ámbito de cooperación en Política Exterior y de Seguridad Común (segundo pilar) y el ámbito de Justicia y Asuntos de Interior (tercer pilar). Este Tratado, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, convierte la CEE en Comunidad Europea, fija las bases de la unión económica y monetaria basada en el euro como moneda única; sienta la base jurídica para seis nuevas políticas comunes de la UE; refuerza las competencias del Parlamento Europeo e instaura la ciudadanía europea.

En el ámbito social, el Tratado significó un impulso fundamental para la construcción de una Europa social. En el apartado institucional se crea el Comité Económico y Social que tiene funciones consultivas. En el apartado material, se aprueba el Protocolo sobre Política Social, o Protocolo 14 del TUE, mediante el cual once Estados miembros acuerdan proseguir en la vía trazada por la Carta Social de 1989 y

aplicar una normativa más exigente en materia social para los firmantes del “Acuerdo relativo a la política social” que acompañaba al mencionado Protocolo. Este Acuerdo amplía los objetivos sociales de la Comunidad incluyendo materias como la mejora del entorno de trabajo, protegiendo la salud y seguridad de los trabajadores, la información y consulta de los trabajadores, la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad entre hombres y mujeres en este ámbito, o la integración de las personas excluidas del mercado laboral (artículo 2).

F. El Tratado de Ámsterdam

Fue firmado el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor el día 1 de mayo de 1999. Las modificaciones introducidas no tuvieron el calado que se esperaba, sin embargo, pretendió dar una respuesta efectiva a los problemas que preocupaban a los ciudadanos de la Unión.

En el preámbulo del Tratado de Ámsterdam se confirma de manera expresa la adhesión de los Estados miembros a los derechos sociales fundamentales de acuerdo con los criterios de la CSE de 1961 y la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. Asimismo, el artículo 6.1 afirma que *“la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”*.

En el ámbito laboral la reforma más importante llevada a cabo fue la asunción como objetivos de la Comunidad de la promoción del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la protección social adecuada, el diálogo entre trabajadores y empresarios y el desarrollo de los recursos humanos.

G. El Tratado de Niza

Este Tratado fue celebrado por el Consejo Europeo en diciembre de 2000 y firmado en febrero de 2001 a fin de modificar los tratados que a esa fecha estaban vigentes. Entró en vigor en febrero de 2003, tras haber sido ratificado por los 15 Estados miembros, según lo previsto en sus respectivas normas constitucionales. Su ratificación se extendió hasta 2002.

Cabe resaltar que este Tratado tampoco incorporó, como era previsto, la Carta de Derechos Fundamentales, aspecto que quedó pendiente para la Conferencia Intergubernamental de 2004, tras la oposición del Reino Unido.

H. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

Después del Tratado de Niza, se impuso la necesidad de realizar una reforma institucional que fuera más allá de la simple adaptación de instituciones con vistas a la ampliación. De hecho, ya en su reunión de Laeken de diciembre de 2001, el Consejo Europeo presentó la convocatoria de una Convención para llevar a cabo la reforma.

El 29 de octubre de 2004, los jefes de Estado o de Gobierno de los 25 Estados miembros y los tres países candidatos firmaron el Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa, que proponía derogar los Tratados anteriores al momento de su entrada en vigor, prevista para el 1 de noviembre de 2006.

El Tratado Constitucional incorporaba a su contenido la CDFUE e introducía importantes cambios en el ámbito de las políticas y acciones comunitarias. Entre algunas críticas²⁸⁷ destaca la regulación contenida en el artículo 75 de la Constitución Europea que estipula que toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada (apartado 1) aunque solo reconoce a los ciudadanos de la Unión la libertad de trabajar, de buscar empleo, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro (apartado 2) y afirma que únicamente los nacionales de terceros países que se encuentran regularmente en otro Estado miembro tienen derecho “a unas condiciones laborales equivalentes a las que disfrutaban los ciudadanos” (apartado 3). Esta exigencia se interpreta como una ruptura con fundamentos básicos como a igual trabajo, igual salario o el castigo de las explotaciones de trabajadores.

El artículo 136 de la Constitución Europea se refiere específicamente a los trabajadores migrantes en el ámbito de la seguridad social y determina que la ley europea establecerá las medidas necesarias para realizar la libre circulación de los trabajadores creando un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia y a sus allegados la acumulación de períodos para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales y el pago de las mismas.

La impronta social de la UE comienza a calar a partir de los reconocimientos normativos y de la labor jurisprudencial del TJUE. Así, a modo de ejemplo, en la Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2007 (asunto *Laval un Partneri Ltd.*, asunto C-341/05), el Tribunal de Justicia comunitario sostiene: “(...) puesto que la Comunidad

²⁸⁷ CARO MUÑOZ, Ana I. y CUEVA PUENTE, M^a del Carmen, “Multiculturalismo y contrato de trabajo. Algunos desafíos de la integración laboral de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 242.

tiene no sólo una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social” (apartado 105).

En España, la Constitución Europea fue votada por referéndum el 20 de febrero de 2005 y por Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo, se autorizó la ratificación, sin embargo, debido al rechazo de toda una serie de países (y, especialmente, como consecuencia del referéndum negativo, en Francia y Países Bajos), nunca llegó a entrar en vigor (dado que se requería la unanimidad de los países miembros de la UE, bastando por tanto el veto de uno de ellos para frustrar el proyecto constitucional europeo).

Tras un largo período la UE encontró en el Consejo Europeo de 2007 el camino para salir de esa fase de bloqueo institucional a través de la elaboración de un nuevo Tratado de reforma, clásicamente negociado por la vía diplomática en el seno de una Conferencia Intergubernamental.

I. El Tratado de Lisboa

El 1 de diciembre de 2009 entra en vigor el Tratado de Lisboa, tras años de negociaciones sobre cuestiones institucionales, firmado el 13 de diciembre de 2007, con el objetivo de modernizar el funcionamiento de la UE, aumentar la democracia y la transparencia y reforzar su papel en el mundo. El nuevo texto modifica los dos principales Tratados, el TUE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; pero no los sustituye. Este último pasa a llamarse TFUE. El Tratado de Lisboa conserva los derechos existentes e introduce otros nuevos. En particular, garantiza las libertades y los principios enunciados en la CDFUE, cuyas disposiciones pasan a ser jurídicamente vinculantes, aunque no llegue a formar parte del Tratado, se pone así fin a esta cuestión que no pudo cerrarse en Niza. La Carta contiene derechos civiles, políticos, económicos

y sociales, pero no se aplicará plenamente por el Tribunal Europeo de Justicia en Reino Unido y en Polonia²⁸⁸.

Los parlamentos nacionales de los respectivos Estados miembros tendrán un papel más relevante a la hora de examinar la legislación de la UE antes de que sea aprobada, de tal modo que se evita que la UE rebase sus competencias en asuntos que deberían tratarse a nivel nacional o local.

Entre los aspectos relacionados con el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cabe citar que el Tratado de Lisboa intensifica los objetivos sociales de la UE, estableciendo que en todas sus acciones la UE tendrá en cuenta la promoción de un nivel de empleo elevado, derecho a la protección contra los despidos injustificados y acceso a la seguridad social y a la ayuda social; además de tener en cuenta los derechos de los ciudadanos a la igualdad y no discriminación y a la igualdad entre hombres y mujeres.

Finalmente, este Tratado permitirá a la UE adherirse al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

Tras el Tratado de Lisboa, la UE sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea, por lo que las expresiones a utilizar serán “Unión Europea” y “Derecho de la Unión”.

En la actualidad la Unión se fundamenta, en cuanto a normas jurídicas de mayor jerarquía, en dos Tratados que son, el TUE y el TFUE, también llamados “los Tratados”, completados con la CDFUE (Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007); y centrada en materia laboral, específicamente, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (en adelante, CCDS) (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989). Podría decirse que éstos dos últimos forman parte de la política social de la Unión.

J. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores

La política social de la UE se basa en el derecho social de la misma y formaliza la actividad institucional de la organización supranacional en materia de relaciones laborales y de protección social. En razón de su contenido se puede hablar de los

²⁸⁸ Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido (*Diario Oficial* núm. 115, de 9 de mayo de 2008).

siguientes ámbitos: la constitucionalización de los derechos fundamentales de los trabajadores comunitarios; la política de empleo común (libre circulación de trabajadores, seguridad social de los trabajadores migrantes, fondo social europeo y estrategia coordinada para el empleo); la armonización de las legislaciones sociales de los Estados miembros; y el diálogo social y la negociación colectiva europea. Estos derechos sociales representan un conjunto de principios mínimos comunes a todos los Estados miembros de la UE. El Tratado de Lisboa (artículo 151 del TFUE) y la CDFUE retomaron las disposiciones de la carta.

La adopción de una CCDS surgió de la necesidad de que la dimensión social estuviera presente en el ámbito de las actividades laborales encaminadas a instaurar en la Comunidad un mercado único. El 9 de diciembre de 1989, los jefes de Estado o de Gobierno de once Estados miembros aprobaron, en forma de declaración, el texto de la mencionada Carta. El Reino Unido no firmó la CCDS en 1989, lo que acentuó su carácter simbólico. En 1998, tras la elección de Tony Blair, Reino Unido se decidió a firmarla.

La CCD establece los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de derecho laboral y, de forma más general, el lugar que ocupa el trabajo en la sociedad. Contiene los siguientes apartados: libre circulación sujeto a los límites de orden público, Salud pública o seguridad pública, derecho a elegir empleo y a una justa retribución, mejora de las condiciones de vida y de trabajo, derecho a una adecuada protección social, libertad de asociación, negociación colectiva y derecho de huelga, acceso a la formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, información, consulta y participación de los trabajadores, protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo, protección de los niños y de los adolescentes, reconocimiento de recursos suficientes para un nivel decente de vida a las personas de edad avanzada y medidas para las personas con discapacidad.

Los derechos consagrados en la CCDS se implantarán, según cada caso, a escala de los Estados miembros, o a escala comunitaria, en el marco de sus competencias. En este contexto, la Comisión presentó un programa de acción con el fin de permitir la adopción de un conjunto de disposiciones mínimas comunes a los Estados miembros. Buena parte de las propuestas de adopción se convertirían en directivas en los años sucesivos.

Los objetivos de la Carta Comunitaria de 1989 se han retomado en el Tratado de Ámsterdam, a raíz de la integración en este, de las disposiciones del Protocolo Social de

Maastricht. El Tratado de Lisboa se refiere a la Carta Comunitaria en el título X relativo a la política social (artículo 151 del TFUE). La Carta se considera un instrumento político que contiene «obligaciones morales» destinadas a garantizar el respeto de determinados derechos sociales en los Estados miembros. Estos derechos se refieren sobre todo al mercado laboral, la formación profesional, la protección social, la igualdad de oportunidades y la salud y la seguridad en el trabajo. Contiene también una petición expresa a la Comisión para que ésta presente iniciativas destinadas a traducir su contenido en actos legislativos y ha sido seguida de programas de acción y de propuestas legislativas concretas.

K. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La CDFUE, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 e integrada en el Tratado de Lisboa, retomó los derechos enunciados en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

A raíz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en diciembre de 1998, el Consejo Europeo de Colonia del 3 y 4 de junio de 1999 decidió emprender la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales para reunir los derechos fundamentales en vigor en la UE en un único texto y darles mayor relevancia.

La CDFUE está basada en los Tratados comunitarios, en los Convenios internacionales, incluidos el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Carta Social Europea de 1961, en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en las declaraciones del Parlamento Europeo.

La redacción del proyecto de carta se encomendó a un foro especial, una Convención, compuesta por 62 miembros, entre ellos representantes de las instituciones europeas y de los gobiernos de los Estados miembros. La Carta define, en sus 54 artículos agrupados en siete capítulos, los derechos fundamentales en lo tocante a dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia.

Conforme viene siendo reconocido de manera unánime por la doctrina, nacional y extranjera, la Carta y el compromiso de la UE de adherirse al CEDH han significado un notable avance en el reforzamiento multinivel de los derechos fundamentales²⁸⁹.

²⁸⁹ VALDÉS DAL-RE, Fernando, *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, op. cit., p. 31.

El texto incluye además una serie de derechos no contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que se limita a proteger los derechos civiles y políticos. Entre ellos cabe mencionar los derechos sociales de los trabajadores²⁹⁰, la protección de datos, la bioética y el derecho a una buena administración.

Los aspectos relacionados con el ámbito laboral más destacables, regulados en su mayor parte en el Capítulo IV relativo a la Solidaridad, son los siguientes: prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, libertad profesional y derecho a trabajar, libertad de empresa, Igualdad entre hombres y mujeres, derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y acción colectiva, prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, derecho de accesos a los servicios de colocación, Protección en caso de despido injustificado, derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición de trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, conciliación de la vida familiar y profesional, derecho a la Seguridad Social y ayuda social, protección a la salud y libertad de circulación y residencia.

Especialmente reseñable a nuestros efectos es el reconocimiento, en el artículo 31 CDFUE, de derecho de todo trabajador “a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad”²⁹¹.

3.2. El Consejo de Europa

El Consejo de Europa, constituido por el Tratado de Londres de 1949, ha llevado a cabo una importante acción normativa en materia laboral que se manifiesta en dos principales convenios internacionales. En el ámbito del Consejo de Europa, tiene especial relevancia:

- El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) que enuncia, junto a otros derechos fundamentales, sólo un par de derechos que afectan al trabajo: la prohibición del trabajo forzado y la fundación de sindicatos y afiliación sindical.
- La Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961).

²⁹⁰ Un comentario de los derechos de los trabajadores reconocidos en la Carta en ZACHERT, Ulrich, “Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Temas Laborales*, núm. 65, 2002, pp. 9-27, especialmente, pp. 17 y ss.

²⁹¹ Un comentario a la eficacia de la CDFUE en las relaciones laborales entre particulares en DE VAL ARNAL, Jesús, “El principio inquebrantable del Derecho del Trabajo: la dignidad del trabajador postulada en la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Comunicación presentada a las Jornadas Catalanas de Derecho Social*, 2016, pp. 5-9.

Con carácter general, el Consejo de Europa se ha fijado una serie de objetivos dirigidos a lograr la cohesión social, ámbito en el que se circunscribe el trabajo y la inmigración: Estos objetivos son: garantizar un nivel suficiente de protección social, favorecer el empleo, la formación y los derechos de los trabajadores, proteger eficazmente a los grupos sociales más vulnerables, favorecer la igualdad de oportunidades, luchar contra la exclusión y la discriminación, y consolidar la cooperación europea en materia de inmigración.

3.2.1. El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Se elabora y se firma en Roma el 4 de noviembre de 1950, siendo ratificado por España en 1979, y cabe mencionar que tiene sucesivos protocolos. Este instrumento declara que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ha de ser asegurado “*sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, perteneciente a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*” (artículo 14). Con el fin de garantizar el respeto de los derechos proclamados, el Convenio establece un tribunal, el TEDH, surgiendo así el denominado “Sistema de Estrasburgo”, ciudad donde tiene su sede, encargado de condenar a los Estados que violaran los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH.

El texto originario del Convenio se va completando periódicamente a través de “convenios adicionales”. En materia laboral, además de la prohibición del trabajo forzoso obligatorio, (artículo 4), el Convenio proclama el derecho de fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos en defensa de sus propios intereses (artículo 11.1).

En lo que atañe más precisamente a personas trabajadoras extranjeras extracomunitarias en las que se centra nuestro objeto de investigación, resulta insoslayable mencionar dos pronunciamientos importantes en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: uno que tiene que ver con la protección de mujeres extranjeras sometidas a esclavitud moderna o doméstica (STEDH *Siliadin c. Francia* de 26 de julio de 2005)²⁹²; y otro que se refiere a la protección frente a situaciones de jóvenes migrantes víctimas de trabajo forzado y trata de seres humanos (STEDH *Chowdury y*

²⁹² En conexión con ello, el TEDH ha condenado asimismo recientemente la trata de seres humanos y el sometimiento de la mujer a prostitución forzada (*S.M. c. Croacia* de 25 de junio de 2020).

otros c. Grecia de 30 de marzo de 2017). Ambos pronunciamientos son objeto de estudio pormenorizado en el capítulo 4.

3.2.2. La Carta Social Europea

La Carta Social Europea (CSE), fue proclamada en Turín el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España el 29 de abril de 1980 y “constituye el instrumento más emblemático del Derecho europeo de los derechos sociales o, si se prefiere, Derecho social de los derechos humanos”²⁹³.

Reconoce el derecho al trabajo, tanto de forma individual como colectiva, a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas, a la higiene y seguridad en el trabajo, a una remuneración equitativa, a la protección de las mujeres trabajadoras, a la orientación y formación profesionales, a la protección de los emigrantes y de los minusválidos, entre otros.

A decir de Jimena Quesada, “Había llegado la hora a los derechos sociales, con la adopción de la Carta Social de Turín”²⁹⁴. No obstante, sorprende comprobar que se da cierta primacía al Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la CSE a la hora de admitir nuevos miembros en el Consejo de Europa (de hecho, a los 47 miembros del Consejo de Europa se les exige aceptar el CEDH, mientras que esa exigencia no se impone con relación a la CSE y, de hecho, hay 4 países –Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza– que no han aceptado siquiera la versión originaria de 1961). Considerando la CSE como el tratado europeo de derechos sociales por excelencia, deja mucho que desear el poco conocimiento que sobre ella se tiene, así como su escaso tratamiento en la doctrina española²⁹⁵.

Los Estados miembros del Consejo de Europa, con el ánimo de tomar medidas conducentes a la ampliación de la protección de los derechos sociales y económicos garantizada por la Carta, suscribieron el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, dado en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 y ratificado por España en 2000. Las partes

²⁹³ JIMENA QUESADA, Luis, “Introducción: sostenibilidad y efectividad de los derechos sociales, incluso y sobre todo en tiempos de crisis”, en *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, p. 55.

²⁹⁴ JIMENA QUESADA, Luis, *La Europa social y democrática de derecho*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 108.

²⁹⁵ Denuncia formulada por Luis Jimena, que ha sido miembro y presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa (2009-2014), JIMENA QUESADA, Luis, *La Europa social y democrática de derecho*, op. cit., p. 108.

reconocen como objetivo de su política la consecución de las condiciones idóneas para el ejercicio efectivo de los siguientes derechos de los trabajadores:

- El derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razón de sexo.
- El derecho a la información y consulta dentro de la empresa.
- El derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral en la empresa.
- El derecho a la protección social de las personas ancianas.

Para comprender el sistema de normas establecido por la Carta habrá que remitirse al artículo 20 CES, que establece la fórmula del núcleo flotante, según la cual cada Estado parte puede seleccionar disposiciones de un bloque esencial de la Carta y añadir otras complementarias. Se elegirán cinco de los siete artículos del núcleo duro de la Carta para proceder a su ratificación. Estos artículos son como sigue: artículo 1 (derecho al trabajo), 5 (derecho de sindicación), 6 (derecho de negociación colectiva), 12 (derecho a la seguridad social), 13 (derecho a la asistencia social y médica), 16 (derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica), y 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia). Cada parte contratante ha de aceptar disposiciones adicionales de modo tal que los artículos vinculantes no sean inferiores a diez o a 45 párrafos²⁹⁶.

La última revisión de la CSE –aún no ratificada por España como sabemos²⁹⁷- se realizó en el año 1996, con el fin de actualizar el contenido teniendo en cuenta los cambios sociales fundamentales producidos con posterioridad a su adopción²⁹⁸. Destacadamente, en esta revisión se incluye por primera vez la defensa de la *dignidad* del trabajador (artículo 26), si bien limitada al supuesto de acoso en el trabajo.

²⁹⁶ JIMENA QUESADA, Luis, *La Europa social y democrática de derecho*, op. cit., p. 111.

²⁹⁷ El 1 de febrero de 2019 el Consejo de Ministros del Gobierno de España adoptó el *Acuerdo por el que se dispone la remisión a las Cortes Generales de la Carta Social Europea revisada y se autoriza la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicha Carta*. Sin embargo, la ratificación por parte del Parlamento español quedó frustrada al disolverse las Cámaras mediante la convocatoria de elecciones generales el 28 de abril de 2019. De nuevo, en el Consejo de Ministros de 10 de noviembre de 2020 se acordó remitir a las Cortes Generales el texto revisado de la Carta para su ratificación, habiendo generado decepción que se haya descartado de momento la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas (sobre todo porque la propia Ministra de Trabajo y Economía Social había anunciado explícitamente ante el Senado el 20 de octubre de 2020 el compromiso de aceptar asimismo dicho procedimiento).

²⁹⁸ JIMENA QUESADA, Luis, *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, (Sistema de reclamaciones colectivas, Vol. I: 1998-20005)*, op. cit., p. 35.

El artículo E de la CSE revisada amplía el alcance del artículo 19 CSE y señala que el disfrute de todos los derechos reconocidos en la Carta deberá asegurarse sin discriminación de ningún tipo, indicando como motivos posibles de discriminación la “ascendencia nacional”. Por el contrario, el artículo 19 CSE sólo exige que los trabajadores migrantes sean tratados de forma no menos favorable que los nacionales en relación con: la remuneración y otras condiciones de trabajo y empleo; la afiliación a organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas reflejadas en convenios colectivos; la vivienda; los impuestos, tasas y contribuciones relacionadas con el empleo y percibidas en calidad de trabajador; y al acceso a la justicia en relación con cuestiones relacionadas con su condición de trabajador migrante. La doctrina denuncia “que, a diferencia de lo que recogen el artículo 14 CEDH y el Protocolo núm. 12 al CEDH, en ninguna de las dos Cartas se haga referencia al origen nacional, sino a la *ascendencia nacional*”²⁹⁹.

Por su importancia, señalamos que el artículo 25 CSE establece el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) para vigilar el cumplimiento de los derechos consagrados en la Carta por los Estados parte. El CEDS está compuesto de 15 expertos independientes elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y cumplen cargos de seis años, pudiendo ser reelegidos una única vez.

El Comité realiza su labor de vigilancia a través de la presentación de informes y las reclamaciones colectivas, de donde emana la jurisprudencia del Comité. El término “jurisprudencia” en el sentido de la Carta es explicado con rigor por el mencionado autor: “jurisprudencia, que en este caso no se refiere en puridad a conjunto de resoluciones judiciales de órganos jurisdiccionales de determinado nivel, (mínimo dos, suele decirse, en lo que concierne a la jurisprudencia ordinaria, aunque sólo una en el supuesto de jurisprudencia constitucional o supranacional), pues el mecanismo de control de la Carta Social (tanto la de 1961 como la revisada de 1966) no contempla ningún órgano jurisdiccional en sentido estricto”³⁰⁰.

No obstante, como el propio autor advierte, “es necesario recordar asimismo que la jurisprudencia de la máxima instancia de garantía de la CSE (el CEDS) adquiere la forma de ‘conclusiones’ en el caso de la interpretación jurídica elaborada en el marco

²⁹⁹ DÍAZ CREGO, María, “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pp. 115-155.

³⁰⁰ JIMENA QUESADA, Luis, *La Jurisprudencia del Comité Europea de Derechos Sociales, (Sistema de reclamaciones colectivas)*, op. cit., p. 52.

del sistema de informes establecido mediante la Carta de 1961 y de ‘decisiones’ (de admisibilidad y de fondo, así como eventualmente sobre medidas inmediatas) en el supuesto de la interpretación jurídica desarrollada en el procedimiento de reclamaciones colectivas introducido a través del Protocolo de 1995. Debe añadirse, por consiguiente, que el compromiso internacional de los Estados parte con respecto a la CSE (la de 1961 y la revisada de 1996) comporta el carácter vinculante no sólo de sus disposiciones, sino también de la jurisprudencia emanada del CEDS en ambos sistemas (el de informes y el de reclamaciones colectivas). Naturalmente, ambos sistemas se retroalimentan, lo cual se manifiesta en que el CEDS se inspira y cita en sus ‘decisiones de fondo’ la jurisprudencia elaborada en el sistema de informes y, paralelamente, se inspira y cita en sus ‘conclusiones’ la más reciente jurisprudencia desarrollada a través de la resolución de las reclamaciones colectivas. Por lo demás, y al hilo de lo acabado de reseñar, debe recalcar esta noción moderna de “jurisprudencia” del CEDS (así se denomina oficialmente y como tal puede encontrarse en el sitio web de la Carta Social Europea – www.coe.int/socialcharter), es decir, de *juris-dictio* o de ‘decir el Derecho’ contenido en la CSE con carácter último”³⁰¹.

Desde este punto de vista, resulta de interés completar el presente apartado por referencia a la interpretación realizada por el CEDS en el marco del sistema de informes (único que afecta directamente a España, al no haber aceptado todavía el procedimiento de reclamaciones colectivas instaurado mediante el Protocolo de 1995), concretamente en sus conclusiones correspondientes a 2019 (adoptadas en enero de 2020 y publicadas el 24 de marzo de 2020), puesto que se analizó de manera precisa el artículo 19 de la CSE sobre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares³⁰².

Antes, sin embargo, de Jimena Quesada aludir a la situación española, el profesor ofrece un balance general (con referencia al conjunto de países) sobre el grado de cumplimiento de dicha disposición. Así, nos recuerda que el artículo 19 CSE (derechos de personas trabajadoras migrantes y sus familiares) ocupa un sector jurisprudencial de una indudable actualidad, que ha sido particularmente problemático. La situación del conjunto de Partes Contratantes (con la excepción de tres de ellos, a saber, Estonia,

³⁰¹ JIMENA QUESADA, Luis, “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2018-2019”, *Lex Social*, op. cit., p. 769-770.

³⁰² *Idem*. En efecto, en esas Conclusiones relativas a 2019 se evaluaron por el CEDS los informes ordinarios (presentados cada año por los Estados Partes sobre uno de los cuatro bloques temáticos en los que se estructura la CSE a estos efectos) que versaron sobre el grupo IV, relativo a los derechos de “Niños, familias, migrantes” (artículos 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31), y cubrieron el período de referencia de 1 de enero de 2014 a 31 de diciembre de 2017.

Lituania y Reino Unido) no se ha ajustado a una o más de las disposiciones del citado artículo, siendo especialmente elevado el porcentaje de incumplimiento (72%) del derecho a la reunificación familiar (artículo 19§6); lo cual constituye un verdadero desafío para el Consejo de Europa, puesto que el procedimiento de reunificación familiar es responsable de una gran parte de los flujos migratorios a Europa (del 30 al 50% de la inmigración legal hacia la UE en los últimos diez años), planteando especiales obstáculos en esa “gestión” de la inmigración una condición de residencia excesiva o de dominio del idioma o requisitos de ingresos, abocando dichos motivos en muchos supuestos a la expulsión del trabajador migrante. Por otra parte, los incumplimientos del artículo 19§1 en algunos países (Bélgica, Francia, Georgia, Italia y Turquía) ha revelado problemáticas medidas jurídicas y prácticas para combatir el racismo, la xenofobia y el discurso del odio (incluidos los medios de comunicación). En contrapartida, el CEDS consideró que, en la mayoría de países, había adecuación al artículo 19§5 (igualdad de trato en la ley y en la práctica con respecto al pago de impuestos, tasas o contribuciones relacionadas con el trabajo), o que se habían implementado mejoras para facilitar las condiciones de acogida de los trabajadores migrantes y sus familias (artículo 19§2). Sin embargo, ha seguido resultando problemático el requisito de duración de residencia para poder acceder a una vivienda social (artículo 19§4) que, aunque se aplique a nacionales y no nacionales, comporta según el CEDS una discriminación indirecta para los segundos. En el mismo orden de ideas, aunque la situación haya mejorado en comparación con ciclos anteriores, el respeto del artículo 19§8 ha sido puesto en entredicho en diversos países (Grecia, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Polonia, Rumania y Turquía), al interpretarse de manera excesivamente laxa los motivos de expulsión, incluso cuando los trabajadores migrantes no amenazaban la seguridad nacional ni violaban el orden público o la moral³⁰³.

Vayamos ahora al balance de la situación española que hace Jimena Quesada en su Crónica de la jurisprudencia del CEDS relativa a 2019³⁰⁴. Concretamente, señala que España incurrió en violaciones de diversos apartados del artículo 19 CSE (concretamente los apartados 4, 6 y 10) que constituyen una nueva infracción (en el supuesto del apartado 4) o una reiteración de sendas conculcaciones verificadas en las precedentes Conclusiones de 2015 (en el caso de los apartados 6 y 10). Pese a esa

³⁰³ *Ibidem*, pp. 795-796.

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 801-805.

situación negativa, cabe felicitar por haberse revertido la preocupante situación que se verificó con respecto al apartado 1, que condujo al CEDS a una conclusión de vulneración por no haberse acreditado la adopción de medidas suficientes “para luchar contra la propaganda engañosa en materia de emigración e inmigración”, especialmente para combatir la difusión de estereotipos negativo. Para ello, el CEDS había acudido a las constataciones y observaciones de otros organismos de derechos humanos, tanto de la ONU (en concreto, del informe del Relator especial sobre las formas de racismo, presentado a la 23ª sesión del Consejo de Derechos Humanos el 6 de junio de 2013) como del Consejo de Europa (en particular, del 4º informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, ECRI, adoptado en 2010), de donde se desprendió, entre otros extremos, que la legislación española antidiscriminatoria no era efectiva ni suficientemente invocada ante los tribunales; con análoga filosofía, el CEDS trajo a colación asimismo su jurisprudencia elaborada en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas (por ejemplo, la decisión de fondo de 25 de junio de 2010 sobre la reclamación nº 58/2009, *COHRE c. Italia*), con objeto de alertar sobre el peligro de que las declaraciones de actores de la vida pública puedan crear un clima de discriminación, por lo que “debe existir un sistema eficaz de vigilancia de los discursos discriminatorios, racistas o que inciten al odio, en particular en la esfera pública”.

Veamos, pues, con más detalle, las tres concretas violaciones del artículo 19 CSE perpetradas en España. En cuanto a la violación del artículo 19§4 CSE, tal conclusión de no conformidad se basa en que “no se ha acreditado que la ausencia de discriminación de Derecho o de hecho esté garantizada con respecto al disfrute por parte de los trabajadores extranjeros de las ventajas ofrecidas por los convenios colectivos”. A este respecto, el CEDS recuerda que esta disposición requiere que los Estados eliminen toda discriminación jurídica y fáctica con respecto a la afiliación a organizaciones sindicales y al disfrute de las ventajas ofrecidas por la negociación colectiva, incluido el derecho a ser miembro fundador de un sindicato y el acceso a las funciones administrativas y de gestión de los sindicatos. En su conclusión anterior [Conclusiones XX-4 (2015)], el CEDS observó que, de conformidad con el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000: a) los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles; b) los extranjeros pueden ejercer el derecho de huelga en las mismas condiciones que los españoles. El caso es que, desde 2011 (ver Conclusiones XIX-4), el

CEDS ha venido solicitando información sobre el estado de la sindicación de los trabajadores extranjeros y sobre la ausencia de discriminación *de jure* y *de facto* con respecto al disfrute por parte de dichos trabajadores foráneos de las ventajas ofrecidas por convenios colectivos. Como el Gobierno español ha persistido en no facilitar dicha información, el CEDS reitera su conclusión de violación del artículo 19§4. Con carácter adicional, advierte sobre una posible violación de dicha disposición en el próximo ciclo de control si no se facilitare información sobre el estatuto jurídico de los trabajadores desplazados desde el extranjero a España.

Por su parte, la repetición de la vulneración del artículo 19§6 CSE ha respondido a los dos siguientes motivos: “- las prestaciones de asistencia social están excluidas del cálculo de los ingresos del trabajador a los efectos de reunificación familiar; - no se ha establecido que el requisito de que el migrante tenga una vivienda adecuada para traer a su familia, o que las restricciones lingüísticas o sanitarias no sean tan restrictivas como para impedir la reunificación familiar”. En relación con ello, el CEDS recuerda su conclusión precedente de 2015, en la que ya constató que “ni la legislación ni la práctica prevén la reagrupación familiar de los hijos de los trabajadores migrantes que tengan entre 18 y 21 años cuando no sean discapacitados o no necesiten la asistencia de un tercero en razón de su estado de salud”. Y, en tal sentido, el CEDS ya apuntó que, a los efectos de dicha disposición, los términos “familia del trabajador migrante” deben ser interpretados como inclusivos, al menos, de la esposa del trabajador y sus hijos menores de 21 años que estén a su cargo; a lo que agregó el propio CEDS en 2015 que, “teniendo en cuenta la obligación enunciada en el artículo 19§6 de facilitar en la medida de lo posible la reagrupación familiar, los Estados Partes no deben aplicar esas exigencias de manera tan general como para excluir la posibilidad de prever derogaciones relativas a algunas categorías de casos, o de tener en cuenta circunstancias personales. En opinión del Comité, es necesario que, en la práctica, las autoridades encargadas de la emisión de los permisos de estancia tras las solicitudes de reagrupación familiar tengan en cuenta el hecho de que el principio de reagrupación familiar no es sino un aspecto del reconocimiento en la Carta (artículo 16) de la obligación de los Estados de asegurar la protección social, jurídica y económica de la familia. Por consiguiente, la aplicación del artículo 19§6 debe tener en cuenta en todo caso la necesidad de cumplir con dicha obligación”.

Con tales parámetros, en lo concerniente a la toma en consideración de las prestaciones de asistencia social para el cómputo de las rentas de la persona trabajadora migrante y de la vivienda adecuada a efectos de reagrupación familiar, el CEDS pondera las estadísticas ofrecidas por el informe gubernamental, el cual muestra que durante el período de referencia se rechazaron entre 2.210 y 2.889 solicitudes cada año por tales motivos (recursos insuficientes o alojamiento inadecuado). Por el contrario, se reprocha por el CEDS que no se den detalles sobre cómo se establecen y motivan los criterios de rechazo, lo que conduce a reiterar el incumplimiento del artículo 19§6 sobre ambos aspectos. Análogo reproche dirige el CEDS a la circunstancia de que el informe gubernamental no contenga una relación exhaustiva y motivada de las restricciones fundadas en criterios lingüísticos (pruebas de aptitud idiomática y de integración lingüística) y sanitarios (la jurisprudencia del CEDS exige que se trate realmente de enfermedades específicas que comporten una gravedad tal que ponga en peligro la salud pública), con objeto de tales restricciones no comporten el riesgo de obstaculizar, en lugar de facilitar, la reunificación familiar. Como garantía adicional, el CEDS hace notar que los miembros de la familia del trabajador o trabajadora migrante que han obtenido la reagrupación no pueden ser expulsados como consecuencia de la expulsión del propio trabajador o trabajadora, dado que disfrutan de un derecho autónomo a permanecer en el territorio nacional del Estado Parte; razón por la cual, el CEDS requiere que se le informe en el próximo ciclo de control sobre si es posible tomar una decisión de expulsión de los familiares de la persona trabajadora migrante que haya perdido su derecho de estancia y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones.

Por último, la conclusión de vulneración del artículo 19§10 CSE (igualdad de trato para los trabajadores migrantes por cuenta propia) aparece asociada a la violación de los otros dos apartados, de tal suerte que “la situación de España no es conforme al artículo 19.10 de la Carta de 1961, pues los motivos de no conformidad basados en los apartados 4 y 6 del artículo 19 se aplican igualmente a los trabajadores migrantes autónomos”. Sobre la base del contenido del informe gubernamental, el CEDS observa que persiste la ausencia de discriminación entre los trabajadores migrantes y los trabajadores migrantes autónomos. No obstante, en el caso del artículo 19§10, una conclusión de incumplimiento de cualquiera de los otros párrafos del propio artículo 19 normalmente conduce a una conclusión de incumplimiento desde el punto de vista de este párrafo, porque los motivos de incumplimiento se aplican igualmente a los trabajadores

autónomos o por cuenta propia. Esto es así cuando no media discriminación o diferencia de trato. En consecuencia, tras llegar a una conclusión de no conformidad en virtud de los artículos 19§4 y 19§6, concluye asimismo que la situación en España no es conforme con el artículo 19§10 de la Carta de 1961.

En síntesis, y a la luz de la crónica de Jimena Quesada, tras el análisis efectuado por el CEDS con relación a la implementación del artículo 19 CSE en España, constatamos que, pese a alguna leve mejora en la situación de las personas trabajadoras migrantes y sus familiares, todavía sigue habiendo serias violaciones de sus derechos humanos que comportan otros tantos atentados a su dignidad. Y, desde este punto de vista, la conclusión no puede ser sino, que las autoridades españolas (legislativo, ejecutivo y judicial y a todos los niveles territoriales, es decir, local, autonómico y estatal) deben seguir los mandatos derivados de la CSE según la interpretación realizada por el CEDS.

3.2.3. El Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante

Finalmente, con respecto al Consejo de Europa, debemos mencionar un instrumento que trata de proteger a los inmigrantes en todo lo que se refiere a condiciones de vida y trabajo. Se trata del Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1977³⁰⁵, que amplía los dictados del Convenio 97 OIT y refuerza la prohibición de discriminación por razón de origen nacional de los trabajadores, en materia de derecho a la vivienda, condiciones de trabajo, seguridad social, entre otros.

En referencia a estos derechos arriba mencionados, el Convenio dispone que el trato otorgado por los ordenamientos patrios no sea menos favorable que el que dicho ordenamiento da a los ciudadanos del Estado, en el caso en que dicha materia esté regulada por sus leyes y reglamentos nacionales. Además, dos derechos de exclusiva titularidad de los trabajadores migrantes están contenidos en este Convenio: el derecho de reagrupación familiar del trabajador migrante y su familia contemplado en el artículo 12 en las condiciones dispuestas por la legislación interna; y el derecho a la enseñanza de la lengua materna del trabajador migrante, en el artículo 15. Pero la aplicación del Convenio solo es dirigida a los trabajadores migrantes que sean nacionales de las partes contratantes del Convenio que lo hayan suscrito y ratificado, limitando así su magnitud subjetiva. Asimismo, se aplicará a los migrantes con una autorización de trabajo emitida

³⁰⁵ Ratificado por España el 29 de abril de 1980 (BOE núm.145, de 18 de junio de 1983).

por otra parte contratante.

También incluimos aquí los acuerdos bilaterales de distinto orden que tanto España como la UE firman con terceros estados, que son los países de origen de los inmigrantes que llegan a Europa.

4. EL ESTATUTO DEL EXTRANJERO TRABAJADOR EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

En cuanto a la normativa española, trataremos en este punto el derecho al trabajo en su vertiente social en la Constitución Española de 1978, el Estatuto de los Trabajadores, la normativa autonómica y la Ley de Extranjería y su Reglamento.

4.1. Análisis del artículo 35 de la Constitución Española y su caracterización como derecho social

Actualmente, la constitucionalización de los derechos sociales y económicos, los laborales entre ellos, es una realidad presente y generalizada a la que ha contribuido la aprobación de importantes textos supranacionales, que por vía del artículo 93 CE y del artículo 10.2 CE se han integrado en nuestro ordenamiento jurídico y por ende se cumplen, tratándose tanto de normativa, así como de jurisprudencia proveniente del ente supranacional.

La CE diseña un modelo democrático de relaciones laborales, articulado sobre el reconocimiento de la libertad sindical y del derecho al trabajo. Cabe decir que existen unos derechos constitucionales laborales colectivos donde se incluyen el derecho de libertad sindical, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y los derechos de negociación y de participación; y otros derechos constitucionales laborales individuales donde se incluyen diversos derechos, como el que es objeto de este estudio, el derecho al trabajo.

El derecho y deber de trabajar son preceptos de común aceptación en su enunciado general, en el ámbito estatal³⁰⁶. El derecho al trabajo tiene su origen en el siglo XVIII vinculado al pensamiento liberal-democrático y ligado a un sentido de libertad de trabajo, aunque también una vertiente de autorrealización personal vinculado al derecho a la existencia. El derecho al trabajo, manifestación de la libertad del hombre y

³⁰⁶ Tal es así que ya la Constitución de 1876 y la de 1931 lo reconocían indirectamente a través de la libre elección de profesión u oficio y el Fuero de los Españoles de 1945, en su artículo 24, reconocía explícitamente el derecho y el deber de trabajar.

fundamentado en la propia dignidad humana, es un derecho que está mediatizado por las circunstancias socioeconómicas del momento y del país de que se trate.

La actual tipificación constitucional del derecho al trabajo tiene sus precedentes en la Constitución de 1931 que consagró el trabajo como una obligación constitucional protegida por las leyes, lo que presuponía la existencia de un derecho, aunque este no se formulaba explícitamente, sí lo hace la Constitución de 1978.

Concretamente, el derecho al trabajo establecido en la Constitución Española de 1978, éste se reconoce en el artículo 35 con el siguiente tenor:

“1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores”.

Sobre este precepto constitucional se asienta jurídicamente el modelo laboral de la Constitución Española. Dicho modelo comprende otras tantas disposiciones constitucionales como son, entre otras, el reconocimiento del papel de los sindicatos (artículo 7 CE) y el derecho a sindicarse libremente (artículo 28.1 CE), el reconocimiento del derecho de huelga (artículo 28.2 CE), el reconocimiento de la negociación colectiva y los conflictos colectivos (artículo 37.1 CE), el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (artículo 37.2 CE) y la formación profesional y la seguridad e higiene en el trabajo así como el descanso necesario y vacaciones retribuidas (artículo 40 CE). Todos ellos constituyen la estructura sistemática que conforma la estructura de las relaciones laborales desde el punto de vista constitucional; podría decirse que conforman la “Constitución laboral”³⁰⁷.

Por otra parte, el derecho al trabajo es uno de los derechos sociales estrictamente considerados en la CE, que además contempla el derecho al establecimiento de una relación de trabajo en unas condiciones dignas, que incluya la protección del trabajador y su familia, tanto de tipo económico como social.

³⁰⁷ Sinopsis del artículo 35 CE (Disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=35&tipo=2>) Visto el 19/03/2018.

Se trata de un precepto con un contenido complejo³⁰⁸ ya que, por una parte, reconoce el derecho al trabajo que es el principal de los derechos constitucionales del ámbito laboral y, por otra parte, garantiza además la libre elección de profesión u oficio, cuyo objeto en parte excede del ámbito laboral; y menciona la promoción a través del trabajo, entendiéndose ésta como la promoción profesional.

Sin embargo, estos dos derechos corrieron diferente suerte en la historia del constitucionalismo. Su primera expresión la tuvieron en la Constitución jacobina de 1793, que proclamaba la obligación de la sociedad de procurar trabajo a “los ciudadanos desafortunados” y de asegurar los medios de subsistencia de los que no están en condiciones de trabajar (artículo 21) y que afirma también que ninguna clase de trabajo, cultura o comercio puede ser prohibido a los ciudadanos (artículo 17). Tal reconocimiento al derecho al trabajo se generaliza, como vimos en el segundo capítulo, a partir de la Constitución de Weimar y con las constituciones europeas de la segunda posguerra.

En la actualidad ambos derechos –el derecho al trabajo y el derecho a la libre elección de profesión u oficio- están también reconocidos en los principales documentos internacionales, con una formulación conjunta: toda persona debe tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, tal como dicta el PIDESC, en su artículo 6³⁰⁹; y la CSE, en su artículo 1³¹⁰.

El artículo 35 CE también hace mención a un salario suficiente por el trabajo prestado; e importante mencionar que hace referencia a la igualdad, como valor y derecho fundamental (artículos 1.1 y 14 CE, respectivamente) al establecer la no discriminación por razón de sexo.

En resumen, los mandatos precisos del apartado 1 del artículo en mención son: el deber de trabajar y el derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio, la

³⁰⁸ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, “Artículo 35: Derechos Laborales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, O. Alzaga Villamil (dir.), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 574.

³⁰⁹ Artículo 6 PIDESC: “Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

³¹⁰ Artículo 1 CSE: “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen: a) a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo; b) a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; c) a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores; d) a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas”.

promoción a través del trabajo, la remuneración suficiente y la no discriminación por razón de sexo.

Como derechos individuales de los trabajadores, expresivos de condiciones mínimas de trabajo:

- El derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), remunerado y con los beneficios correspondientes de la seguridad social; que incluyen a condenados a penas de prisión que estuvieren cumpliendo las mismas, según el artículo 25.2 CE, lo cual resulta que en la práctica es un derecho reconocido que tampoco se ha podido librar de las limitaciones de efectividad que llevan a algunos autores a negarle al artículo 35 la naturaleza fundamental³¹¹. Esto no significa que los poderes públicos tengan mayores posibilidades de hacer efectivo el derecho al trabajo para los reclusos que para la población en general³¹². Pero el reconocimiento del derecho al trabajo viene acompañado de su reverso y también se consagra el deber de trabajar ya que “el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo genera una serie de obligaciones y, por tanto, de pretensiones a comportamientos correlativos”³¹³.

- El derecho a la libre elección de profesión u oficio (artículo 35.1 CE) que, para hacerse efectivo, dependerá de un contexto económico y social adecuado, a cuyo efecto los poderes públicos deberán adoptar medidas tendentes a favorecer la creación de empleo (artículo 40.1 CE).

- El derecho a la promoción a través del trabajo (artículo 35.1 CE).

- El derecho a un salario suficiente y a la igualdad salarial entre hombres y mujeres; “remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. (artículo 35.1 CE).

En el inciso 2 del artículo 35 se establece la necesidad de regulación por ley del Estatuto de los Trabajadores, disposición que analizaremos más adelante.

³¹¹ Véase, por todas, la STC 172/1989, de 19 de octubre, FJ 3. De hecho, el Tribunal Constitucional ha desestimado diversos recursos planteados por penados que alegaban la lesión de su derecho fundamental a un trabajo remunerado, alegando que es un «derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata.

³¹² URIARTE TORREALDAY, Roberto, “El Derecho al trabajo y los extranjeros irregulares”, *op. cit.*, p. 268.

³¹³ SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El Derecho al trabajo*, *op. cit.*, pp. 122-123.

Haciendo un análisis desde el punto de su naturaleza jurídica, el derecho al trabajo es, por su ubicación en la Sección Segunda del Capítulo II del Título I, un derecho constitucional no de naturaleza fundamental. De este derecho solo son titulares los españoles; los ciudadanos de la Unión tienen garantizado este derecho según el ordenamiento de la UE; y los extranjeros de países no pertenecientes a la Unión solamente tendrán acceso al derecho al trabajo por ley³¹⁴.

La doctrina señala que el derecho al trabajo presenta un doble aspecto, el aspecto individual y el aspecto colectivo, reconocidos en la Constitución Española, en los artículos 35.1 y 40.1, respectivamente. Es importante recalcar que ambas vertientes del derecho al trabajo están muy relacionadas.

El aspecto individual alude al derecho de todos a un determinado puesto de trabajo siempre que se cumplan los requisitos de capacitación necesarios; a ejercerlo conforme a su naturaleza, con igual derecho a estabilidad y continuidad en el empleo, es decir a estar protegido para no ser despedido si no existe una justa causa. En dicción del Tribunal Constitucional, “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo”³¹⁵. Consecuentemente, el derecho al trabajo en esta vertiente individual se dirige al empleador, ya sea público o privado, con la prohibición de actos discriminatorios en la contratación, así como la prohibición del despido sin causa justa.

El aspecto colectivo del derecho al trabajo se refiere al mandato del artículo 40.1. CE, en su parte final, el cual va dirigido a los poderes públicos, de realizar una política tendente a lograr el pleno empleo: “la efectividad del derecho al trabajo –en su faceta colectiva- se consigue mediante una política de pleno empleo cuya ejecución puede conducir a que, en una razonable ponderación, el derecho individual al trabajo de una categoría de trabajadores se vea justamente limitado en pro de la consecución de unos resultados socialmente más estimables en la perspectiva colectiva del derecho al trabajo”³¹⁶.

En referencia al deber de trabajar, parece importante mencionar que en el mismo artículo 35 CE, el deber de trabajar precede al derecho al trabajo, tratándose de “una obligación social de tipo genérico no asimilable a otros deberes como el militar o

³¹⁴ SATÚSTREGUI, Miguel, “Derechos de ámbito laboral”, en *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 367 y 368.

³¹⁵ STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8.

³¹⁶ STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 7.

tributario, ya que el Estado no puede compeler a nadie a trabajar, sino tropezaría con el siguiente enunciado del propio artículo 35 CE: la libre elección de profesión u oficio”³¹⁷.

El Estado no puede obligar a nadie a trabajar, los trabajos forzados, incluso para los reclusos están prohibidos (artículo 25.2 CE), “no puede, sin embargo dejar de plantearse una breve reflexión en torno al significado de este deber de trabajar, cuyo punto de referencia no lo constituye ni el trabajo forzoso -prohibido por el artículo 25.2 CE- ni las prestaciones personales obligatorias a las que alude el artículo 30 de nuestro texto constitucional”³¹⁸. Tampoco las posibles prestaciones personales de carácter público con arreglo a ley (artículo 31.3 CE) podrán considerarse como un medio de hacer cumplir el “deber de trabajar”.

El deber de trabajar supone la articulación individual del genérico deber de “promover el progreso de la economía para asegurar a todos, una digna calidad de vida” a que se refiere al Preámbulo de la Constitución Española.

Podemos decir que el deber de trabajar se configura como un deber genérico³¹⁹ que se manifiesta en dos vertientes, la social (para con la sociedad) y la contractual (como deber obligacional). En la vertiente como deber social o cívico, a día de hoy, el deber de trabajar es un deber genérico: con la sociedad o para la sociedad. Y el deber de trabajar encuentra su punto concreto de compulsión en el contrato de trabajo libremente estipulado. La vertiente contractual está reconocida en el artículo 5.a ET que configura como deber básico el de trabajar, con buena fe y diligencia.

La Constitución, obviamente, se refiere al deber social de trabajar, que en su sentido contrario sanciona la vivencia holgante, como cualidad de la persona que ejerce la vagancia.

A continuación, pasamos a hacer una descripción de los preceptos constitucionales relacionados con el derecho al trabajo, que confirman nuestra hipótesis que mantiene que el derecho al trabajo no está igualmente reconocido para los nacionales y los extranjeros provenientes de países extracomunitarios, porque de la división tripartita que formula la mencionada STC 107/1984, y de lo demás manifestado en dicho

³¹⁷ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 242.

³¹⁸ SASTRE IBARRECHE, Rafael, *Derecho al trabajo*, op. cit.

³¹⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo “Artículo 35. Derechos Laborales...”, op. cit., p. 472.

pronunciamiento, se deduce que dentro de los derechos que corresponden por igual a los españoles y extranjeros no se encuentra el derecho al trabajo³²⁰, o que en su ejercicio se dan más transgresiones.

Esto implica que, aunque normativamente exista esa igualdad, es en la aplicación de esa propia normativa cuando se producen más abusos o se dan más vulneraciones en el ejercicio del derecho al trabajo, a pesar del reconocimiento de inclusión. Un claro ejemplo lo encontramos en el caso de las trabajadoras de hogar, llamado servicio doméstico, sector laboral en el que trabajan en su gran mayoría mujeres extranjeras, en el que desde 2011 existe una normativa que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Nos referimos al Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, con el que, de acuerdo con el apdo. 1. b) del art. 2 Estatuto de los Trabajadores, se le da a dicha relación laboral, la consideración de *relación laboral de carácter especial*. De tal modo que adquiere características especiales en relación con el contrato de trabajo para la relación laboral especial de hogar familiar y la cotización en el Régimen especial de empleados de hogar. Con la consecuencia de que no se tenga derecho a la prestación por desempleo. En el ámbito del trabajo de hogar, que incluye el de cuidados, encontramos que es “un lugar privilegiado para analizar la recreación de las desigualdades de género (...), un punto estratégico desde el que cuestionar la perversidad de un sistema económico que niega la responsabilidad social en la sostenibilidad de la vida y cuyo mantenimiento precisa de la exclusión y la invisibilidad -heterogénea y multidimensional- de múltiples colectivos sociales”³²¹, asunto que nos introduce directamente, en la desigualdad material que persiste en el mundo del trabajo.

³²⁰ VIDAL FUEYO, Camino, *Constitución y Extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, op. cit., p.64.

³²¹ PÉREZ OROZCO, Amaia, “Amenaza tormenta: la crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico”, *Revista de Economía Crítica*, núm. 5, 2006, p. 31, en CARMEN GRAU PINEDA, “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, Volumen, 9, 2019, p. 50. Sobre trabajadoras domésticas se puede ver: OIM-Organización Internacional para las Migraciones, *Estudios sobre la situación laboral de la mujer inmigrante en España, Análisis y proposiciones para la igualdad de trato y la lucha contra la discriminación*, 2015, en https://www.comillas.edu/images/OBIMID/Estudio_Sobre_la_Situaci%C3%B3n_Laboral_de_la_Mujer_Inmigrante_OIM_2015_1.pdf; PARELLA RUBIO, Sònia, *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos, Barcelona, 2003; COLECTIVO IOE, *Mujer, inmigración y trabajo*, Madrid, IMSERSO Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001; COLECTIVO IOE, *Trabajadoras inmigrantes por cuenta propia. Una aproximación descriptiva*, J. Beltrán, L. Oso y N. Ribas, N. (coords.), *Empresariado étnico en España*, Madrid, Fundació CIDOB/Observatorio Permanente de la Migración, 2006; LENZI, Olga, *Trabajadoras migrantes domésticas: la necesidad de una adecuada protección social, Cambio laboral y políticas inclusivas*, Cardona Rubert, M. B., Cordero Gordillo, V., Gianni Loy, G. (coords.) 2017, pp. 347-356; y OELZ, Martín, “El convenio y la recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos: una oportunidad para la justicia social”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, N° 1, 2014, pp. 161-195.

Por otra parte, la inclusión en el sector laboral del servicio doméstico -trabajo de hogar y de cuidados- de las mujeres trabajadoras inmigrantes supone “la única opción laboral que tienen al llegar y esto está estrechamente relacionado no solo con la normativa laboral sino, además, con la de inmigración y extranjería”³²². Esto significa que la posibilidad de contratar conforme al tipo de relaciones especiales del mencionado Real Decreto 1620/2011, a personas de origen extranjero, está condicionada por la complejidad de la normativa sobre extranjería.

4.2. El derecho al trabajo y su conexión con otros preceptos constitucionales

4.2.1. El derecho al trabajo y su relación con el artículo 10 CE

En referencia al artículo 10 CE, se puede decir que está en íntima conexión con el artículo 35 CE, conexión que se vislumbra con la afirmación contenida en su apartado primero, de que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”. Idea importante en cuanto a la definición de la naturaleza constitucional de los derechos, por el Tribunal Constitucional, que destaca “que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste”³²³.

También diremos que, al establecer esta conexión entre el derecho al trabajo y la dignidad personal, la Constitución Española es coherente con los convenios y declaraciones internacionales que atañen a los derechos laborales.

En esta línea, el artículo 10 CE contiene, en su segundo apartado, una previsión sobre la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que deberá realizarse “*de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. Ciertamente, la incorporación de la jurisprudencia europea internacional en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional es constante y son muchas las sentencias que así lo prueban, entre otras, la sentencia 38/1981, respecto de los convenios de la OIT ratificados por España, o la sentencia 72/1982, en relación

³²² GRAU PINEDA, Carmen, “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, Volumen, 9, 2019, p.73.

³²³ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3.

con la Declaración de Derechos Humanos de la ONU. En referencia a esta última, el Tribunal Constitucional constataba que la Constitución se insertaba en un contexto internacional en materia de derechos y libertades “por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el artículo 10”. Aquí el Tribunal Constitucional subrayaba inmediatamente un principio de extraordinaria trascendencia: el de que los criterios interpretativos en materia de derechos que se derivan de todos esos instrumentos no afectaban “sólo a las normas contenidas en la Constitución”, sino también a “todas las del ordenamiento relativas a los derechos y libertades públicas que reconoce la norma fundamental”.

4.2.2. El derecho al trabajo y su relación con el artículo 14 CE

La Constitución Española también hace referencia a la no discriminación por razón de sexo en el derecho al trabajo, en el artículo 35.1 in fine “sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”, lo cual va incardinado con el artículo 1.1. CE: “que propugna como valores superiores, de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”; y el artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

No obstante, el clima de deterioro social se ve influido especialmente por los procesos de precarización laboral, que están poniendo en cuestión los criterios de igualdad de todas las personas ante las leyes (laborales en este caso)³²⁴.

Tal es así que son los jóvenes, las mujeres y las personas inmigrantes, por mencionar algunos de los colectivos más desfavorecidos, los que se encuentran sometidos a las peores condiciones laborales y bajos niveles de ingresos como percepción económica por el trabajo realizado que, por consiguiente, les conlleva a un estatus deteriorado, situándose de esta forma en unas posiciones de ciudadanía

³²⁴ TEZANOS TORTAJADA, José Félix, “Exclusión social, democracia y ciudadanía económica. La libertad de los iguales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración – Asuntos Sociales*, núm. 75, 2008, p. 22.

devaluada, respecto al nivel al que se había llegado en las llamadas sociedades avanzadas, como según Marshall, conquistas de la ciudadanía social³²⁵.

Podemos observar que el artículo 35 CE reitera lo que establece el artículo 14 CE, en lo que a igualdad se refiere; y lo hace porque hay algo excepcional a lo cual quiere referirse. Se trata de un trabajo remunerado, ya que no todos los trabajos lo son, el trabajo que realiza la mujer en casa, llámese trabajo doméstico, es un claro ejemplo de ello. El artículo 35 CE, se refiere al mercado de trabajo con la existencia de un empleador y un empleado, un empresario y un trabajador, cuya relación está regulada por normas laborales, un mercado en el que influyen de manera determinante los condicionamientos sociales, es decir, se prefiere al hombre que a la mujer. En la actualidad y tras muchos años de haber alcanzado la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación por razón de sexo las mujeres todavía siguen estando en una situación de desigualdad. La situación jurídica de las mujeres en el empleo deriva de su papel en el ámbito familiar que les impide disponer del tiempo y dedicación que requiere el desarrollo de una profesión, de un trabajo o de un proyecto autónomo.

El constituyente reitera la prohibición de discriminación, por entender que este es un ámbito especialmente discriminatorio para las mujeres³²⁶.

La libertad de contratación empresarial, reconocida constitucionalmente en el artículo 38 CE, como hemos visto al comienzo, queda sujeta a limitaciones en virtud de otros derechos, libertades e intereses reconocidos también constitucionalmente, como son el principio de igualdad y no discriminación. El empresario tiene concedido por ley el derecho a elegir libremente al trabajador, sin embargo, esta libertad se encuentra limitada a través de diferentes normas antidiscriminatorias.

Pese al establecimiento de prohibiciones de discriminación existen dificultades para la superación de diversas situaciones discriminatorias, motivo por el cual, se han introducido medidas adicionales con el fin de tutelar ciertos colectivos. El ET también

³²⁵ La noción de ciudadanía social, tal y como fue formulada por Thomas S. Marshall a mediados del siglo pasado, se encuentra en una situación de crisis cuya señal más evidente es el impacto de las políticas privatizadoras iniciadas por los gobiernos neoliberales en 1980.

³²⁶ VENTURA FRANCH, Asunción, *Las Mujeres y la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, p. 134. Sobre este tema, se recomienda bibliografía valiosa de autoras como CANALEJO FERNÁNDEZ, Sonia R., PÉREZ GARCÍA, Álvaro y QUINTERO ORDÓNEZ, Belén, “Acercamiento a las dificultades de acceso de las mujeres a las incorporaciones al mercado laboral”, en *Interculturalidad y Género*, Soriano, E., Osorio, M. M. y Gonzáles, A.J. (coords.), Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2006, pp. 131-133; LICERAS RUIZ, Dolores, “Las mujeres en el mercado actual”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995, pp. 107-116.

hace referencia a la no discriminación en las relaciones laborales, entendiendo por nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos y pactos individuales que conlleven a situaciones de discriminación por razón de sexo. El artículo 17.1 ET lo manifiesta de forma tajante: “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español (...)”.

Es frecuente que los trabajadores extranjeros se vean discriminados por el hecho de la falsa idea que se tiene de que los extranjeros vienen a quitarles los puestos de trabajo a los autóctonos. Muchas veces esta discriminación se presenta en forma de acoso moral o “mobbing”, definido como “la conducta abusiva que se ejerce de forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionan su dignidad o integridad psíquica y que pongan en peligro degraden sus condiciones de trabajo”³²⁷.

En lo que concierne a la discriminación por razón de sexo, concretamente el artículo 17.4 ET autoriza a la negociación colectiva la introducción de “medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate”.

Esta desigualdad, probablemente sea una de las razones que ha impulsado al legislador a aprobar la LOI, que prioritariamente busca hacer efectivo el derecho de igualdad entre mujeres y hombres. Así lo menciona en su artículo 1.1: “Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana e iguales en derechos y deberes. Esta ley

³²⁷ GIL SUÁREZ, Luis; IGLESIAS CABERO, Manuel y GIL FERRO, María Loreto, *Estatuto de los Trabajadores. Jurisprudencia, comentarios doctrinales*, Ed. Constitución y Leyes, Madrid, 2013, p. 221.

tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuese su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural, para en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”.

La LOI, dentro del Título IV “El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades” promueve en su artículo 42.1 que las políticas de empleo “tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo”.

Con el objetivo de remover los obstáculos culturales, sociales, económicos y desde luego laborales; todavía quedan tareas pendientes³²⁸, de modo tal que las medidas de acción positiva podrían ser uno de los contenidos de los planes de igualdad que deben existir en las empresas, como medidas de promoción de la igualdad. En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, que deberá ser negociado de acuerdo con lo que determine la legislación laboral (artículo 46.2 LOI).

Sin embargo, esta ley de igualdad en sus inicios generó polémica por parte de diversos sectores, tanto por parte de los conservadores, como por quienes consideran fundamental la implementación de medidas de acción positiva diferenciadora como garantía de igualdad intergéneros³²⁹.

Mención aparte merece esta discriminación por razón de origen o de nacionalidad ya que la inmigración es uno de los sectores de la población que padece en mayor medida los efectos de la crisis global; y a ello hay que añadir el auge de los estereotipos xenófobos que se revitalizan en tiempos de crisis³³⁰. La población inmigrante en

³²⁸ GALLARDO MOYA, Rosario, “Los nuevos planes de igualdad en la empresa: un análisis de las primeras experiencias”, *Revista de Derecho Social*, núm. 48, 2009, p. 83.

³²⁹ GIL RUIZ, Juana M^a, *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 134.

³³⁰ PAJARES ALONSO, Miguel, *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, p. 20.

relación con el ámbito laboral se ve afectada por la proliferación de estereotipos y tópicos, que dificultan la integración de los inmigrantes.

El conjunto de creencias compartidas acerca de los atributos personales de un grupo, en este caso de los inmigrantes, como características típicas de los miembros del grupo en cuestión es lo que se consideraría estereotipos³³¹. Estos podrían ayudar a conocer los principales mecanismos que explican la presencia de trabajadores extranjeros en diferentes sectores laborales, como la hostelería, el comercio o el servicio doméstico; o su ausencia en otros sectores.

En lo que se refiere a la discriminación por razón de origen o nacionalidad, la población española desarrolla actitudes negativas hacia la población inmigrante en función de la competencia por los recursos, especialmente por el trabajo. En lo que respecta a las trayectorias laborales de los inmigrantes de procedencia extracomunitaria se ha podido observar que están ubicados “en los estratos más bajos de la estructura ocupacional, y víctimas de una fuerte discriminación tanto en el acceso como en las condiciones de trabajo”³³².

Por otra parte, en relación con la discriminación por razón de género, los flujos migratorios son imparable a pesar de la crisis mundial y en los últimos años se han incrementado las migraciones femeninas. En la actualidad, en Europa y en América del Norte, las mujeres representan más del 50% del total de la inmigración a estos continentes³³³. Se trata de mujeres que lideran su propio proyecto migratorio, autónomas, mujeres proveedoras de sustento para sus hijos, cabezas de familia de hogares monoparentales. Y mientras las mujeres autóctonas se han ido incorporando al mercado laboral de servicios, son las mujeres inmigrantes las que ocuparon sus casas realizando las labores domésticas, en forma de trabajo doméstico asalariado, labores de cuidado de niños, ancianos y personas dependientes.

Junto al servicio doméstico, el servicio en hostelería y el comercio son, básicamente, los cauces a través de los cuales se integra la mujer inmigrada que, en el

³³¹ MOYA, Miguel y PUERTAS, Susana, “Estereotipos, Inmigración y Trabajo”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 29(I), 2008, p. 7.

³³² *Ídem*

³³³ MARTÍN DÍAZ, Emma, “El impacto del género en las migraciones de la globalización: mujeres trabajos y relaciones interculturales”, *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 270, Universidad de Barcelona, 2008, p. 1.

ámbito laboral, debe en ocasiones enfrentarse a una doble discriminación motivada por su nacionalidad y su sexo³³⁴.

La LO 4/2000 no habla directamente de igualdad, pero sí dicta en su artículo 23.2. e) que, “Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”. Entendiéndose como discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que menoscaben los derechos o perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros, siempre que se refieran a requisitos no esenciales para realizar una actividad laboral.

En el capítulo 4 veremos cómo se ha construido – y evolucionado – la jurisprudencia nacional y europea en conexión con el principio de igualdad y no discriminación centrado en el tratamiento de los trabajadores migrantes.

4.2.3. El derecho al trabajo y su relación con el artículo 40 CE

La Constitución Española recoge un conjunto de derechos sociales, que están directamente vinculados con la definición de la forma de Estado social (artículo 1.1 CE). Se trata de derechos que pueden interpretarse como derechos de prestación, traducidos en un dar o hacer estatal; y están enumerados en el Capítulo III del Título II de la Constitución Española, exceptuando el derecho al trabajo, que no es un derecho social típico al no tener el carácter de un derecho de prestación. De ahí que, como explica la doctrina “... si el derecho no tiene contenido prestacional (por ejemplo, el

³³⁴ TEIXIDOR DE OTTO, María Jesús, “El trabajo de la mujer inmigrada”, *Cuadernos de Geografía*, núm. 28, 1981, p. 16. Las obras que pueden consultarse sobre este tema son muchas entre las que sugerimos la siguiente selección: PARELLA RUBIO, Sònia, *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos, Barcelona, 2003; SOLÉ, Carlota, *La mujer inmigrante*, Instituto de la Mujer, núm. 40, 1994; MOLPECERES ÁLVAREZ, Laura, “Situación laboral de las mujeres inmigrantes en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 30, núm. 1, pp. 91-113; MUÑOZ COMET, Jacobo, “Evolución del empleo y del paro de las mujeres inmigrantes en el mercado de trabajo español. El impacto de la actual crisis económica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 30, núm. 1, 2012, pp. 115-137; BENAVIDES ZULA, Carmen M., HELGUERO LOAYZA, Katerina L., “Mujeres inmigrantes entre la precariedad familiar y la precariedad laboral. Roles de género y división sexual del trabajo”, *Trabajo Social Hoy*, núm. 66, 2012, pp. 49-64; SALLÉ ALONSO, M. Ángeles, MOLPECERES ÁLVAREZ, Laura, ÓNGIL LÓPEZ, Marta, *Análisis de la situación laboral de las mujeres inmigrantes: modalidades de inserción, sectores de ocupación e iniciativas empresariales*, Colección Estudios Instituto de la Mujer, núm. 110, 2009 y CÁCERES, RUÍZ, Juan Ignacio, ESCOT MANGAS, Lorenzo, FERNÁNDEZ CORNEJO, José Andrés y SAIZ BRIONES, Javier, “La segregación ocupacional y sectorial de la mujer en el mercado de trabajo español”, *Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, Universidad Complutense de Madrid, núm. 6, 2004, pp. 1-26.

derecho al trabajo) se haría difícil...la asunción directa con carácter universal de su satisfacción por el Estado”³³⁵.

No obstante, el artículo 40.1 CE expresa el derecho a una “*política orientada al pleno empleo*”, por parte de los poderes públicos, encargados de promover las condiciones favorables para lograr el progreso social y económico. En este sentido, los ciudadanos extranjeros han de ser considerados como destinatarios de las medidas que se adopten en política de empleo porque el trabajo tiene un papel clave en el aspecto de la integración social y laboral del inmigrante.

Además, dentro del marco de la relación de trabajo, en su propia relación laboral, los trabajadores tienen derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, derecho que, según el artículo 40.2 CE, corresponde a los poderes públicos: “Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales”.

Por otra parte, como veremos más adelante, el ET también contiene normas referentes a la promoción y formación profesional en el trabajo, incidiendo en los permisos y adaptación de la jornada laboral con el fin de asistir a los cursos, tanto para obtener un título académico o perfeccionamiento profesional. Según el artículo 23.1 ET: “El trabajador tendrá derecho: a) Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como una preferencia a elegir turno de trabajo ... cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional; b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo”.

Finalmente, en una economía cada vez más global e interdependiente donde el capital humano se erige en un factor clave para poder competir con garantía de éxito, se ha vislumbrado que la formación constituye un objetivo estratégico para reforzar la productividad y competitividad de las empresas en el nuevo escenario global, y para potenciar la empleabilidad de los trabajadores en un mundo en constante cambio. Las dos modalidades diferenciadas de formación profesional en el ámbito laboral –la formación ocupacional y la continua– un tanto obsoletas, se han integrado en un único

³³⁵ SOUVIRON MORENILLA, José Manuel, “Ámbito y alcance de los derechos sociales en España: los colectivos vulnerables” en *Derechos sociales y protección de los colectivos vulnerables*, Isabel González Ríos (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 62.

modelo de formación profesional para el empleo con el objetivo de introducir mejoras que permitan adaptar la formación dirigida a los trabajadores ocupados y desempleados a la nueva realidad económica y social, así como a las necesidades que demanda el mercado de trabajo.

El RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo en su artículo 1, define el concepto de formación profesional para el empleo: “El subsistema de formación profesional para el empleo está integrado por el conjunto de instrumentos y acciones que tienen por objeto impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento”. Como objetivos principales se pueden citar: favorecer la formación a lo largo de la vida de los trabajadores desempleados y ocupados mejorando su capacitación profesional y desarrollo personal; mejorar la empleabilidad de los trabajadores, especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral y promover que las competencias profesionales adquiridas por los trabajadores tanto a través de procesos formativos (formales y no formales), como de la experiencia laboral, sean objeto de acreditación.

Siguiendo con el contenido del artículo 40, su apartado 2 consagra el “derecho al descanso necesario”. Los trabajadores tienen reconocido legalmente, con carácter general, el derecho a un descanso mínimo semanal de un día y medio ininterrumpido que comprende como regla general la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo. El derecho al descanso semanal, al formar parte del contenido esencial del derecho al trabajo, debe ser compatible con el ejercicio de otros derechos que pueden modular su ejercicio, por ejemplo el derecho a la libertad religiosa, garantizado en el artículo 16.1 CE que dicta que: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

En el caso de los trabajadores menores de 18 años de edad, el descanso será como mínimo, dos días interrumpidos, según el artículo 37.1 ET: “La duración del descanso semanal de los menores de 18 años será, como mínimo, de dos días interrumpidos.”

Aunque con carácter general debe respetarse el día y medio de descanso semanal, reglamentariamente³³⁶ se han previsto ciertas excepciones para los casos de trabajadores de fincas urbanas, trabajadores del campo, comercio, hostelería, trabajo a turnos, donde el medio día de descanso semanal previsto puede acumularse hasta por períodos de cuatro semanas.

Mediante convenio colectivo, o acuerdo con los representantes de los trabajadores, puede acumularse medio día en períodos de hasta cuatro meses en los casos de trabajo en hostelería de temporada; o acumulación del descanso a vacaciones en los casos de trabajo en el mar; o ampliación del descanso a dos días en el caso de trabajo en el interior de las minas.

En el mismo artículo 40.2 CE se reconoce el derecho constitucional a las vacaciones periódicas retribuidas “Asimismo, los poderes públicos ... garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas...”. Esta previsión se desarrolla en el artículo 38 ET y será de 30 días naturales por año trabajado: “será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a 30 días naturales”.

La finalidad del derecho a vacaciones es procurar un período retribuido de descanso y tiempo libre que permita al trabajador recuperarse del desgaste fisiológico y psicológico del trabajo prolongado³³⁷.

La duración de las vacaciones establecidas en la ley o convenio corresponde a la prestación de servicios durante un año completo, por lo cual, si la prestación fuera inferior a este período, se genera el derecho a la parte proporcional, según Convenio núm. 132 OIT. Cabe el fraccionamiento de las vacaciones, a efectos de su disfrute, siempre que sea una fracción de dos semanas laborales interrumpidas y no sea impuesto unilateralmente por el empleador o empresario, debiendo pactarse colectiva o individualmente.

4.2.4. El derecho al trabajo y su relación con el artículo 28 CE

El derecho al trabajo guarda relación directa con otros derechos colectivos como son la libertad sindical o el derecho a la huelga, que están íntimamente ligados a los trabajadores, ya sean españoles o extranjeros, ya tengan una relación laboral o sean

³³⁶ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

³³⁷ SSTs 30 de abril de 1996 y 13 de febrero de 1996.

funcionarios públicos, sin perjuicio de ciertas peculiaridades en el ejercicio del derecho a la sindicación de estos últimos, que si bien tras la Constitución Española de 1978 existe una situación del funcionario en orden a la libertad de sindicación mucho más próxima que en épocas anteriores a la del simple ciudadano, ciertos límites derivados de la condición funcional habrían de interpretarse restrictivamente.

En primer lugar, el derecho de libertad sindical (artículo 28.1 CE), que comprende el derecho de los trabajadores “a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección”. La Constitución atribuye a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales, el papel institucional de contribuir a “la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios” (artículo 7 CE).

En segundo lugar, se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores, muy relacionado con el derecho de trabajo, entendiéndose por huelga la cesación del trabajo por parte de los trabajadores como instrumento de defensa de sus propios intereses; y también como un derecho de los trabajadores frente al empresario, que no puede sancionarles por participar en ella “... para la defensa de sus intereses”, teniendo en cuenta que se han de garantizar los servicios mínimos a la comunidad. (artículo 28.2 CE). La relación más importante que se puede ver en el ámbito de las relaciones colectivas sería “aquella que vendría a relacionar al derecho al trabajo con el derecho de huelga como derechos en ciertos momentos enfrentados”³³⁸.

4.2.5. El derecho al trabajo y su relación con el artículo 37 CE

Por la ubicación del derecho al trabajo en la Constitución diremos que no se trata de un derecho fundamental, no obstante, el Tribunal Constitucional ha declarado en repetidas ocasiones que la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, que sí es un derecho fundamental³³⁹. El derecho reconocido es a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, una negociación que se ha visto afectada en los años de crisis, teniendo que desarrollarse en un marco mucho más limitado, en un escenario de regresión y riesgo de dumping social y salarial.³⁴⁰

³³⁸ SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*, op. cit., p. 145.

³³⁹ STC 103/2004, de 2 de junio, FJ 3.

³⁴⁰ GARRIGUES GIMÉNEZ, Antonio, *Diálogo social europeo, negociación colectiva y medidas gender-fair. Experiencias comparadas y análisis de resultados*, Reus S.A., Madrid, 2014, p. 12.

El derecho de negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, que la ley deberá garantizar, tanto así, como la fuerza vinculante de los convenios (artículo 37.1 CE), “lo que equivale a admitir las competencias autonormativas de los sindicatos”³⁴¹ ha tenido su interpretación por el Tribunal Constitucional en una jurisprudencia permanente. En lo que se refiere a la negociación colectiva, el Alto Tribunal lo caracteriza como un derecho esencial en el funcionamiento democrático del mercado laboral, en tanto que, no solo contribuye a la mejora de las condiciones laborales y de vida de los trabajadores, sino que se constituye en instrumento fundamental para la ordenación de las relaciones de trabajo (SSTC 208/1993, de 28 de junio y 88/2014, de 7 de julio). Además, según jurisprudencia, es un derecho de configuración legal, en tanto compete al legislador -estatal, ex art. 149.1.7 CE- su concreción y desarrollo. Es un derecho que pertenece a los representantes de los trabajadores, más no al trabajador como individuo, teniendo derecho a la aplicación del convenio colectivo y a la oportuna reclamación ante los juzgados. En este marco, los trabajadores extranjeros tienen el mismo derecho. Un trabajador extranjero tiene la posibilidad de ser representante en la comisión negociadora, de nuevo, con independencia de su situación regular o irregular puesto que compartimos, con cierta doctrina, que “si el TC ha entendido que el derecho a la negociación colectiva es considerado como contenido esencial del derecho a la libertad sindical, no podemos más que entender que el trabajador extranjero, con independencia de su situación administrativa también es titular del mismo y puede ejercerlo efectivamente”³⁴².

El derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, tanto de los trabajadores como de los empresarios, está reconocido en nuestra Constitución (artículo 37.2 CE). El ejercicio de este derecho estará regulado por ley que debe garantizar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad. Esto significa que se reconoce a los trabajadores y empresarios el derecho a adoptar medidas de presión o

³⁴¹ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, op. cit., p.195.

³⁴² BAYLOS GRAU, Antonio, *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete y MONEREO PÉREZ, José Luis y TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, “Los derechos de sindicación y huelga”, en Monereo Pérez, J. L. (dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 325-326. Triguero matiza que no resulta recomendable el ejercicio efectivo de este derecho por los trabajadores en situación irregular al conllevar una vertiente pública y de relación con las autoridades competentes (TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel. *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, pp. 258-259). Véase también, TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia, “El derecho a la negociación colectiva de los trabajadores extranjeros”, en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, García Castaño, F.J. y Kressova, N. (coords.), 2011, Granada, Instituto de Migraciones, p. 362.

autodefensa sobre el contrario con el objetivo de alcanzar, en el marco del conflicto, una solución lo más favorable posible a sus intereses. La medida de conflicto por excelencia es la huelga, reconocida como derecho fundamental de los trabajadores (art. 28.2 CE), y otras medidas como el ejercicio de los derechos fundamentales de expresión (art. 20 CE), reunión y manifestación (art. 21 CE). El reconocimiento de este derecho a los trabajadores extranjeros, independientemente de su situación administrativa, fue una consecuencia del pronunciamiento del TC en su conocida sentencia STC 259/2007, de 22 de enero, en la que declaró inconstitucional y nulo el inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del art. 11.2 de la LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 8/2000. El Alto Tribunal estima que el derecho de huelga es un derecho fundamental reconocido a los trabajadores “en defensa de sus intereses”, entre los que puede estar “el de la regularidad de su situación administrativa, pese a la irregularidad de la misma” (FJ 7).

4.3. El Estatuto de los Trabajadores

4.3.1. Los derechos laborales de los extranjeros trabajadores inmigrantes en el Estatuto de los Trabajadores

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del ET³⁴³, conforme a lo dispuesto en el artículo 35.2 CE que establece que “La Ley regulará un estatuto de los trabajadores”, es la norma que según su artículo 1 dicta que “será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Por tanto, se trata de una norma de aplicación a nacionales y extranjeros, de modo que el trabajador extranjero que se encuentra trabajando legalmente en España goza de los mismos derechos laborales que los nacionales, esto es, está amparado por el ET y por el resto de la normativa laboral en las mismas condiciones. Como veremos, cuando se trate de trabajadores extranjeros que se hallan en una situación administrativa irregular en España igualmente se considera válido el contrato de trabajo en lo que respecta a los derechos laborales como, por ejemplo, en lo que se refiere al derecho a obtener el salario o las prestaciones de la Seguridad Social que le pudieran corresponder.

³⁴³ El RD legislativo 2/2015 vino a derogar el RD legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que, a su vez, derogó la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores.

Sintéticamente, el ET distingue entre unos derechos básicos del trabajador y unos derechos inherentes a la relación de trabajo; con la diferencia de que, para lograr la efectividad de éstos últimos, se impone un mandato al empresario, mandato que se orienta a circunstancias favorables, necesarias para el pleno ejercicio de los derechos de los trabajadores³⁴⁴.

Los derechos laborales que conforman el derecho al trabajo se encuentran básicamente reconocidos en esta norma. Concretamente, en los artículos 4 y 5 ET que integran la sección segunda de la norma bajo el título “Derechos y deberes laborales básicos”.

Así, el artículo 4 ET establece que: “1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio. b) Libre sindicación. c) Negociación colectiva. d) Adopción de medidas de conflicto colectivo. e) Huelga. f) Reunión. g) Información, consulta y participación en la empresa. 2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: a) A la ocupación efectiva. b) A la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad. c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate. d) A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales. e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida. g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo. h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo”.

³⁴⁴ SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, *Constitución Española Comentada*, Paraninfo, Madrid, 2004, p. 94.

Por su parte, el artículo 5 consagra los deberes laborales, que son el reverso de los derechos y dicta que “Los trabajadores tienen como deberes básicos: a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia. b) Observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten. c) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. d) No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley. e) Contribuir a la mejora de la productividad. f) Cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo”.

Centrándonos en los derechos del trabajador, el artículo 4 ET diferencia entre aquellos derechos de carácter colectivo (apartado 1) y el grupo de derechos individuales en la relación de trabajo (apartado 2).

Los derechos laborales de *carácter individual* del trabajo, entendidas como las relaciones que nacen del contrato individual entre el trabajador y el empleador, son la libertad de trabajo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, el derecho al trabajo, la protección contra el desempleo, la protección contra el despido, la prohibición de todo tipo de discriminación en materia de empleo y ocupación, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, la prohibición de la discriminación de personas con responsabilidades familiares, el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, jornada máxima de trabajo, descanso semanal remunerado, descanso remunerado en feriados, vacaciones periódicas pagadas, derecho a una remuneración satisfactoria y equitativa, derecho a la promoción en el empleo, derecho a la formación profesional, el derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa y el derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo.

Los derechos laborales *colectivos*, los que se entienden como las relaciones colectivas, es decir que no consideran directamente al trabajador como individuo, sino al grupo de trabajadores que persiguen la defensa de intereses profesionales, de grupo, son: la libertad de asociación o libertad sindical, el derecho de sindicación y al ejercicio de la actividad sindical, el derecho a la protección de los representantes de los trabajadores y facilidades para el ejercicio de sus funciones, la negociación colectiva y el derecho a huelga. Seguidamente, los derechos de protección social que incluyen la seguridad social, que contiene la asistencia médica, las prestaciones monetarias o seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos, las

prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las prestaciones de maternidad, etc. La protección especial a los menores de edad, a las mujeres trabajadoras, a los trabajadores migrantes y los minusválidos³⁴⁵.

Partiendo de este precepto, sentamos dos premisas: la primera es que el ET otorga estos derechos a la persona en su condición de trabajadora sin introducir diferencia por razón de nacionalidad (trabajador nacional, extranjero o comunitario). La segunda es doble: por un lado, advertir, tal y como hemos explicado en epígrafes anteriores, que el tratamiento que la Ley de Extranjería da a los inmigrantes se realiza desde una perspectiva laboral, aunque recoge derechos que no tienen esta naturaleza sino un carácter de protección social. Por otro lado, hay que recordar que el trabajador extranjero, al que el ET reconoce los mismos derechos que al trabajador nacional, se clasifica bajo un prisma diferente en la Ley de Extranjería: el de la regularidad o irregularidad de su situación administrativa. Sin embargo, para salvar esta aparente contradicción entre la norma laboral que reconoce los derechos del trabajo indiscriminadamente y la configuración de dos estatutos del inmigrante en la legislación de extranjería, acudimos al artículo 36.3 LO 4/2000 que, según recordamos, consagraba la validez del contrato de trabajo celebrado con un extranjero en situación irregular.

Así, el artículo 4 ET no establece distinción alguna entre trabajadores nacionales, comunitarios o extranjeros, sino que predica unos derechos básicos que reconoce a cualquier persona que posea la condición de trabajador asalariado con independencia de su nacionalidad. Se trata, por tanto, de derechos de los que gozan los trabajadores extranjeros inmigrantes que reúnan los requisitos de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades en España y su integración social y de las disposiciones que lo desarrollen. Pero es importante señalar que la LO 4/2000 es coherente con la naturaleza de los derechos laborales como derechos sociales y, a pesar del condicionamiento, establece la validez del contrato de trabajo en el que una de las partes es un trabajador extranjero en situación irregular (art. 36.5 LO 4/2000). Como señala la doctrina³⁴⁶, los derechos laborales de carácter individual que reconoce el artículo 4 ET son derechos relacionados con la dignidad de la persona en el trabajo y no cabe interponer ninguna restricción en cuanto a su titularidad o ejercicio. Incluso en el caso

³⁴⁵ CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco, *Los derechos humanos laborales en el Derecho internacional*, Tesis doctoral. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Mariño Menéndez, F.M. (dir.), Getafe, octubre de 2016, pp. 3-6.

³⁴⁶ TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, *El estatuto jurídico-laboral básico de los trabajadores extranjeros inmigrantes*, op. cit., pp. 109-110.

de que el trabajador extranjero se halle en situación irregular le pertenecen estos derechos. A mayor abundamiento, el artículo 23.2 LO 4/2000 considera discriminatorio cualquier acto que limite o restrinja el acceso al trabajo de los extranjeros en situación regular basado en su condición de tal o por su pertenencia a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Finalmente, en cuanto a la capacidad de contratar, el artículo 7.c ET, dicta que “Podrán contratar la prestación de su trabajo: c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”. Nuevamente nos encontramos con que el derecho puede limitarse en función de la nacionalidad o de una cuestión meramente administrativa y ha de aplicarse la mencionada regulación de la LO 4/2000³⁴⁷ que condiciona el acceso al empleo a la posesión de autorización administrativa previa para residir y trabajar, esto es, se exige estar en plena situación de legalidad. Una vez el trabajador inmigrante está en situación regular la igualdad de condiciones en el empleo es plena en España.

En lo que respecta al ámbito de aplicación del ET, será siempre y cuando medie entre ambas partes –trabajador y empresario- un contrato de trabajo que, como vimos, estará presidido por la prohibición de cualquier tipo de discriminación basada, entre otros, en motivos de origen. Debemos recordar que el alcance de los derechos de los extranjeros está determinado en la ley y los tratados y que en el ámbito laboral existen algunos países que han firmado convenios bilaterales entre España y terceros países que permiten la contratación en el país de origen sin que se tome en cuenta la situación nacional de empleo en España así como una serie de beneficios para estos ciudadanos (asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad o accidente; prestaciones por desempleo, por incapacidad temporal, por maternidad, etc.). Además, mencionamos que este tratamiento igual no es extensivo a toda prestación de trabajo dependiente ya que el empleo público de naturaleza funcionarial está reservado a nacionales españoles (artículo 56 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público).

Asimismo, junto a los convenios con países determinados, han de tenerse en cuenta otras vías diferentes que permiten a los inmigrantes incorporarse al mercado de trabajo a través de medidas especiales que quedan al margen de la adecuación entre la oferta y la

³⁴⁷ GIL SUÁREZ, Luis; IGLESIAS CABERO, Manuel y GIL FERRO, María Loreto, *Estatuto de los Trabajadores, Jurisprudencia, comentarios doctrinales*, op. cit, p. 89.

demanda de empleo: se trata del acceso directo a través de solicitud individualizada del extranjero; el contingente; trabajadores temporeros para campañas de temporada; o, partiendo de una situación de irregularidad, con el arraigo social y laboral.

A los trabajadores españoles que presten sus servicios en el extranjero también les será de aplicación la legislación laboral española, “al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”³⁴⁸.

4.3.2. Análisis de los derechos laborales de los extranjeros desde la perspectiva de la dignidad

Para lo que nos interesa en este estudio, introduciremos en el análisis de todos los derechos laborales la perspectiva del trabajador extranjero y la dignidad. Según Triguero Martínez, a quien seguimos en este apartado, estos derechos son considerados “derechos que se deben predicar de todos los trabajadores y que, por ende, son auténticos, destacables, y nada desdeñables derechos laborales de carácter social que se encuentran en clara relación con la dignidad humana, con la dignidad de la persona en el trabajo, con la dignidad propia del trabajador”³⁴⁹.

Así, empezando por los derechos laborales individuales, el artículo 4.1 ET, establece en la letra a) como derecho básico el derecho al trabajo y la libre elección de profesión u oficio. Respecto al primero, el derecho al trabajo, hemos de prestar mucha atención al binomio regularidad-irregularidad, articulador de la legislación y política de extranjería española, aunque como vimos, existe una cláusula extensiva de los derechos laborales a los trabajadores extranjeros en la propia LO 4/2000, artículo 3, entendiéndose que el estatuto jurídico-laboral se equipara al del trabajador nacional. Dicho esto, se trata de una reproducción del artículo 35 CE que, pese a considerarse un derecho del trabajador por su ubicación en el ET, no deja de ser un derecho de todo ciudadano, reforzándose así su cualidad de derecho social y fuente de ciudadanía social, incluyéndose a los extranjeros. A su vez, independientemente a su situación administrativa y a su nacionalidad, en su condición de trabajadores, el derecho les

³⁴⁸ GARCÍA NINET, José Ignacio, *Estatuto de los Trabajadores y Libertad Sindical*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 24.

³⁴⁹ TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, *El estatuto jurídico-laboral básico de los trabajadores extranjeros inmigrantes*, op cit., p. 110.

corresponde por justicia social y para impedir la exclusión. Entonces el derecho al trabajo como claro fundamento individual de la política de pleno empleo, consagrado en el art. 40.1 CE, se traslada a los trabajadores extranjeros considerándolos como miembros destinatarios de estas medidas, de tal modo que esta política de empleo sea lo más congruente con la realidad social, en tanto que el empleo es el principal factor de integración socio-laboral de los inmigrantes.

En referencia a la libre elección de profesión u oficio, reconocido en la segunda parte de la letra a), estamos ante un derecho social de libertad que evidencia la igualdad de todos los miembros de la sociedad, en tanto nadie puede ser obligado contra su voluntad a ejercer determinada actividad profesional ni a ser discriminado por ejercerla o sufrir competencia desleal.

Como derechos específicamente individuales, el apartado 2 del artículo 4 ET letra a) decreta el *derecho a la ocupación efectiva* que es una clara expresión del derecho al trabajo del artículo 35 CE y que no podría pertenecer, en principio, a los trabajadores extranjeros en tanto el artículo mencionado se refiere a que es un derecho solo de los españoles. Una vez cumplido el requisito de posesión de un permiso de residencia y trabajo, el derecho a la ocupación efectiva adquiere plena validez y vigor. Aquí entran en juego unos derechos que están muy cerca de otros, considerados esenciales para los trabajadores extranjeros. El primero es el derecho a la dignidad. Una dignidad que ha de ser respetada y permanecer intacta en el desempeño diario de su actividad laboral y en su relación laboral. El otro es el derecho a la integración del trabajador en la relación de trabajo, en su relación con los demás trabajadores, dejando aparte su nacionalidad o su condición administrativa, todo ello con el objetivo de erradicar toda posibilidad de exclusión tanto social como laboral.

Considerar el trabajo como elemento clave de autorrealización del trabajador conectado con su dignidad como persona, es lo que la doctrina denomina la dimensión cualitativa del derecho al trabajo. Complementando a esta, se encuentra la dimensión cuantitativa que se traduce en la remuneración pactada por la realización de la actividad laboral, también para los trabajadores extranjeros. Ahondando más en este derecho a la ocupación efectiva, llegamos a la conclusión de que es causa y objeto del contrato de trabajo, cuya dimensión instrumental permite hacer efectivo el restante conjunto de derechos laborales, individuales y colectivos, puesto que el trabajador está ocupando un puesto de trabajo de forma efectiva en la dimensión jurídica, social, laboral y personal.

Esto tiene mucha relevancia respecto al estatuto jurídico laboral de los trabajadores extranjeros, en tanto consideramos válido un contrato de trabajo firmado por un trabajador extranjero en situación administrativa irregular y es además causante de todos los derechos laborales de carácter social que se derivan de la propia actividad laboral y del contrato de trabajo. Este contrato debe garantizar que la actividad a realizar, así como las condiciones y la categoría profesional sea acorde con la del trabajador. En el caso de los trabajadores extranjeros la categoría adecuada a su perfil presenta cierta particularidad ya que en la mayoría de los casos estos trabajadores tienen un perfil de cualificación de bajo nivel lo cual conduce a la creación de nichos laborales con condiciones remunerativas bajas.

Además, debe añadirse otra dificultad en comparación con el trabajador nacional ya que se ha de tomar en cuenta la situación nacional de empleo, que no exista ningún español o comunitario que pueda cubrir el puesto de trabajo al que aspira el trabajador extranjero.

Por último, el derecho a una ocupación efectiva es importante para la limitación de poderes de organización y de dirección del empresario. Está claro que el trabajador se rige por las condiciones en su contrato de trabajo y las condiciones pactadas en él, no pudiendo el empresario modificarlas a su libre albedrío. Esto en el caso de los trabajadores extranjeros muchas veces no se respeta, particularmente si se trata de trabajadores en situación administrativa irregular, quienes se ven sometidos a la arbitrariedad del empresario que confiado en la situación sabe que no lo denunciarán por vulnerar los derechos de los trabajadores. Existe una causa por la cual el derecho a la ocupación efectiva se puede interrumpir y esta se da cuando el trabajador extranjero tiene un permiso de trabajo de duración determinada y caduca, sin la posibilidad de renovarlo, entonces el contrato de trabajo se extinguiría.

Continuamos con el apartado f) del 4.2 ET que establece el derecho a percepción puntual de remuneración, que emana y tiene reflejo directo en el art. 35 CE por el que se reconoce el derecho al trabajo, siendo una consecuencia de la naturaleza onerosa del contrato de trabajo. El reconocimiento de este derecho, típico de un estado social, contribuye a la igualdad de los miembros de la sociedad, además de ser un derecho que pertenece a los trabajadores sin diferenciar por su situación o nacionalidad. Anteriormente, se consideraba nulo el contrato de trabajo de un trabajador extranjero en situación irregular, no obstante, el trabajador tenía derecho al salario por el tiempo

trabajado, evitando así el enriquecimiento injusto del empresario. Más adelante, tras la entrada en vigor de la LO 4/2000, la reforma por LO 8/2000 y la aprobación de la LO 2/2009, esto fue superado por la validez plena del contrato de trabajo del trabajador extranjero en situación irregular, desprendiéndose del mismo otras protecciones al trabajador.

Este derecho de prestación tiene amplio desarrollo en el capítulo II del ET por su consideración fundamental, social e intrínseca al derecho al trabajo. En cuanto a la puntualidad en el pago, en la que incide el precepto, hemos de considerar lo difícil que se hace si se trata de un trabajador en situación irregular con un contrato generalmente verbal y para una actividad concreta en el tiempo. Puede ser que el empresario sin escrúpulos mercantilice con la mano de obra, con el trabajador y con la persona, impidiendo el ejercicio del derecho por parte del trabajador y que la cantidad pactada no se llegue a pagar. Se puede aprovechar la situación de irregularidad del trabajador y de la actitud silente por miedo a denunciar y ser expulsado del territorio español.

En el ámbito constitucional, observamos que el derecho a una remuneración suficiente se extiende a los trabajadores extranjeros a consecuencia del art. 13 CE, que los extranjeros gozan de los derechos en los términos establecidos en los tratados internacionales y la ley, en especial por las normas internacionales de la OIT como el Convenio núm. 97 sobre los trabajadores migrantes de 1949. El requisito de la situación de legalidad en España, posiblemente se vea salvada para los trabajadores extranjeros en situación irregular por el artículo 36.3 LO 4/2000 y la validez del contrato de trabajo. Este artículo reconoce la igualdad de condiciones a los extranjeros con los españoles en los términos de la ley, que junto con el art. 23 CE plasma el principio de no discriminación como norma general. Consecuentemente, estos derechos se proyectan sobre el trabajo de los extranjeros, teniendo así derecho a la misma remuneración suficiente que los españoles, la cual se muestra como un principio de justicia social, a través del cual los trabajadores no pueden percibir cualquier cantidad de salario, sino la adecuada para poder cubrir sus necesidades sociales mínimas.

Por último, de forma reflexiva, la importancia de este derecho respecto de la inmigración, para las personas extranjeras que emigran con el objeto de mejorar sus condiciones de vida y aquí juega un papel primordial un trabajo remunerado de forma suficiente, no solo como medio de vida, sino para desenvolverse en la sociedad e integrarse, acceder a una ciudadanía social en la que el salario se desempeña como

protección social básica y corrector de desigualdades; en otras palabras, como principio de justicia social para los trabajadores.

En la letra b) del 4.2 ET se regula el derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, considerados como desarrollo de preceptos constitucionales que se ejecutarán en el ámbito del trabajo, ubicado en el art. 35 CE y en el art. 40.2 CE como principio rector de la política social y económica; como derecho social, a fin de cuentas. La contribución más importante del derecho al trabajo como derecho de la persona es el reconocimiento y promoción de la profesionalidad. En el caso de los trabajadores extranjeros, que ya por tener un trabajo se sienten autorrealizados, el disfrutar de este derecho a la promoción los motivaría ante las posibilidades de ascenso laboral y reconocimiento social a nivel general. Pero estas perspectivas de promoción para los extranjeros realmente se ven condicionadas por dos elementos. Uno, por la situación de regularidad o irregularidad administrativa y dos, porque los puestos de trabajo que ocupan los extranjeros son de baja cualificación donde la promoción es casi nula y aspirar a cambiar de puesto de trabajo cada cierto tiempo es difícil.

En cuanto al derecho a la formación profesional ubicado dentro de la misma letra b) del artículo 4.2 ET, se hace responsable al empresario de dicha formación del trabajador relacionándolo directamente con la productividad y el rendimiento que pueda tener el propio trabajador. Podríamos hablar de tres niveles. El nivel de protección mínima se da cuando el empresario se limita a reconocer este derecho de formación como un bien del trabajador y lo respeta por ética empresarial. Un nivel medio donde al empresario le exigen la realización de iniciativas precisas para garantizar el derecho a la formación. Y, por último, un nivel superior en el que es de obligado cumplimiento que el empresario dar contenido efectivo a este derecho. Para los trabajadores extranjeros su posesión, goce y ejercicio puede darse generalmente en el nivel mínimo, en tanto los trabajos que realizan son de baja cualificación y la formación se presenta poco compleja y especializada.

Adentrándonos en el listado del art. 4.2 ET, la letra e) sobre el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, hemos de decir que para un sector de la doctrina este derecho tiene su reflejo en los puntos primero de los arts. 10 y 18 CE, referidos a los derechos de la persona y el derecho a la

intimidad, respectivamente. Se trata de la dignidad principalmente, sobre la cual el Tribunal Constitucional atribuyó una serie de derechos humanos de índole fundamental a las personas y, por ende, a los extranjeros, incluidos los que se encuentran en situación administrativa irregular.

El derecho a la consideración debida a la dignidad es punto de partida de todos los derechos fundamentales, particularmente de los derechos de la persona y, trasladado al derecho del trabajador, es garantía de sus derechos sociales fundamentales que, asignados a la inmigración de carácter laboral, se convierten en clave para una plena consecución de integración social. Por su parte, el derecho complementario al derecho a la intimidad del trabajador se formula como máxima expresión de la no violación del derecho a su dignidad, no solo personal sino también laboral, tanto en el trabajo como fuera de él. En el caso de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular, cuyo primer objetivo desde su entrada a territorio español es conseguir un puesto de trabajo, el no lograrlo le quita sentido a la vida, en tanto considera que es el trabajo el que fortifica o debilita su vida personal, donde juega un papel primordial el debido respeto a la intimidad personal y laboral.

El derecho a la no discriminación, del que se ocupa la letra c) del 4.2 ET, es considerado por un sector de la doctrina como la proyección al marco laboral de los arts. 9.2 y 14.1 CE, lo que nos sitúa otra vez ante un derecho laboral de carácter social. Debe resaltarse que el art. 14.1 CE se refiere solo a los españoles, pero se ha extendido a todos, incluso a los extranjeros, por la jurisprudencia producida a día de hoy. El art. 9.2 CE posibilita la creación de políticas de discriminación positiva o de acción afirmativa. En el caso de los trabajadores extranjeros, en el momento de acceso al empleo, no se promueven estas políticas de discriminación positiva en tanto prevalece el método de control y ordenación de los flujos migratorios -como la situación nacional de empleo o el contingente anual de trabajadores extranjeros- al de la lógica de la integración. Frente a ello, en las condiciones de trabajo, aspecto al que se refiere este derecho, se da la igualdad plena entre trabajadores nacionales y extranjeros.

La importancia de este derecho laboral para el trabajador extranjero es que le otorga un derecho fundamental básico e indispensable a una relación laboral basada en la igualdad efectiva. Esto refuerza la igualdad de los trabajadores extranjeros, independientemente de que tengan o no el permiso de trabajo. De este modo el

trabajador extranjero tiene el derecho a no ser discriminado en todo lo relativo a su desarrollo en el ámbito laboral.

El **derecho a la integridad física, seguridad e higiene**, en la letra d) del art. 4.2 ET, concreta los derechos constitucionalizados en los artículos 40.2 (seguridad e higiene), 43.1 (derecho a la protección a la salud) y el 45 (derecho a la protección y disfrute del medio ambiente) y para garantizarlos existe una adecuada política preventiva de salud laboral que se dirige a lograr una mayor seguridad y protección del medio ambiente y las condiciones de seguridad e higiene son las mismas para todos los trabajadores, sin distinción entre nacionales y extranjeros. En el caso de estos últimos, si se encuentran en situación irregular podrían no ser las mismas, ya podrían ser contratados, por empresarios que se salten la legalidad, para que realicen trabajos en condiciones difíciles que incumplan las condiciones de seguridad, salud e higiene para el trabajador. Se crean así nichos laborales con trabajadores con baja cualificación.

En la letra g) del art. 4.2 ET se reconoce el derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo. Este derecho implica el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE que, centrado en la relación de trabajo, sirve para la articulación de mecanismos de defensa del trabajador ante conductas ilegítimas del empresario. Es un derecho del trabajador que lo puede ejercer presentando las respectivas denuncias ante la administración laboral, actuando este derecho como protector del estatus mínimo jurídico, social y laboral del trabajador. Se trata de un derecho ejercitable por toda persona, con independencia de su condición nacional, tal y como reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El reconocimiento genérico de otros derechos derivados del contrato de trabajo, contemplado en la letra h) del art. 4.2 ET, nos indica que la lista de derechos no está cerrada y existen más derechos que puedan emanar de lo pactado en el contrato laboral. Además, complementario al contrato está la negociación colectiva -aunque no se mencione- como fuente reguladora de la relación laboral de la cual emergen derechos que puedan incluirse en esta cláusula abierta. Esto vale también para los trabajadores extranjeros, al igual que para los nacionales o comunitarios. No obstante, para los trabajadores extranjeros en situación irregular el art. 36.3 LO 4/2000 juega un rol importante ya que presume como válido el contrato de trabajo, tomando como válidos los derechos básicos laborales del Estatuto de Trabajadores, que se amplía a los

derechos derivados del contrato de trabajo y además a los derivados de la negociación colectiva.

Continuando con los derechos laborales colectivos, en el art. 4.1 ET, a excepción de la letra a) que ya tratamos considerado individual, debemos aclarar que el Estatuto de Trabajadores al referirse a ellos nos remite a la norma específica que regula cada uno de estos derechos. La mayoría de derechos del art. 4.1 ET obtienen sentido y realidad con el contrato de trabajo, su firma y la realización de la actividad laboral del trabajador. Consecuentemente, se pueden atribuir estos derechos a los trabajadores extranjeros en situación irregular a través del art. 36.3 LO 4/2000 y la tesis de la validez del contrato. Por otra parte, al no existir en el ET mención alguna a la nacionalidad de los trabajadores en el mismo, debe entenderse que se predicen por igual a todas las personas que trabajan, sin discriminación alguna.

El **derecho a la libre sindicación** está reconocido en la letra b) del art. 4.1 ET, cuyo reflejo en la sección Primera apartado II de la Constitución art. 28.1 CE, lo erige como un derecho fundamental, de aplicación directa, inherente a la persona y a su dignidad. Además, es un derecho de todos, incluso de los extranjeros, sin importar su situación administrativa, por tanto, es un derecho constitucional de los extranjeros y, por último, es un derecho que se regula y desarrolla, en similares condiciones de inclusión de todas las personas trabajadoras, en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. En el ET no se hace referencia alguna a ni a la nacionalidad del trabajador ni a la titularidad y ejercicio de éste del derecho y en la Ley de Extranjería, LO 4/2000, se ve reflejado en el artículo 11, junto al derecho de huelga. El camino recorrido por este derecho para los extranjeros ha sido serpenteante, pasando de ser reconocido solo a los trabajadores con autorización de trabajo en la Ley 7/1985 a ser reconocido para todos, incluso los trabajadores en situación administrativa irregular, en la LO 4/2000 tras su reforma por la LO 2/2009, como consecuencia de la STC 237/2007, de 7 de noviembre, que declaró el pleno ejercicio del derecho de sindicación, y no sólo su reconocimiento formal, para los inmigrantes irregulares. Por otra parte, por el propio carácter sustantivo del derecho a la libre sindicación, éste no se puede medir por el binomio regularidad/irregularidad sino por la condición misma de la persona-trabajador y su dignidad. La titularidad es de todos, y aquí aparece lo controvertido, el ejercicio en sí es solo para los extranjeros que posean un permiso de residencia, quedando fuera los extranjeros en situación irregular.

Otro de los derechos colectivos es el contenido en la letra e) del art. 4.1 ET, el derecho de huelga, también en el apartado segundo del art. 28 CE, derecho fundamental inherente a las personas y relacionado con su dignidad, pero de aplicación concreta a los trabajadores. Dentro del ordenamiento jurídico español, el régimen jurídico del derecho de huelga va a ser de aplicación a todos los trabajadores, sin estar condicionado por la nacionalidad ni la situación jurídico-administrativa.

Este derecho presenta la particularidad de que no ha sido todavía regulado por una ley orgánica propia, estando aún vigente el Real Decreto Ley 17/1997, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. No obstante, la jurisprudencia ha servido para su delimitación, particularmente la STC 11/1981, de 8 de abril, uno de los pronunciamientos más importantes del Alto Tribunal en materia de huelga en el que concretó su contenido esencial (la cesación del trabajo en cualquiera de sus condiciones) y la posibilidad de que el legislador, en el momento de regular las condiciones de ejercicio del derecho, pudiera calificar como abusivas algunas particulares modalidades de cesación del trabajo³⁵⁰.

Se trata de un derecho de titularidad de todos los trabajadores no distinguiendo por el elemento de la nacionalidad, siendo un derecho fundamental de especial dimensión social para los trabajadores extranjeros. En la LO 4/2000 está regulado en el art. 11.2, aquí con la cláusula restrictiva que dicta que solo puede ser ejercido por los trabajadores con un permiso de trabajo. Una limitación tan trascendental que solo puede ser superada a través de la integración de los arts. 13 y 10.1 CE, ya que la libertad que da la Constitución al legislador no es absoluta para regular los derechos de los extranjeros, y se ha de respetar la conexión del derecho con la dignidad humana. El accidentado camino de este derecho en las leyes de extranjería ha sido también llamativo. Así, en la Ley de 7/1985 este derecho estaba limitado a los extranjeros en situación regular, en la LO 4/2000 se convirtió en un derecho para todos los extranjeros sin distinción de su

³⁵⁰ La jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el derecho de huelga es muy abundante por lo que nos limitaremos a señalar algunos de los pronunciamientos más destacados del Tribunal Constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, sobre el contenido del derecho a la huelga; STC 72/1982, de 2 de diciembre, sobre huelga y cierre patronal; SSTC 148/1993, de 29 de abril, sobre servicios de seguridad, servicios esenciales y servicios de mantenimiento; STC 123/1992, de 28 de septiembre, sobre la singular posición del derecho de huelga frente a otras medidas de conflicto colectivo; STC 33/2011, de 28 de marzo, sobre prohibición de realización de funciones distintas a las habituales durante la huelga) y del Tribunal Supremo (STS 10 de diciembre de 1993, sobre efectos económicos de la huelga; STS de 30 de enero de 1997, sobre trato discriminatorio a los trabajadores en función de su participación en la huelga; STS de 17 de diciembre de 1999, sobre huelgas intermitentes; STS de 22 de octubre de 2002, sobre preavisos; STS de 11 de mayo de 2001, sobre lesión del derecho de huelga, etc.), todos pronunciamientos de la Sala de lo Social.

situación administrativa, posteriormente con la reforma de la LO 8/2000 por un gobierno de derechas se restringieron muchos derechos, incluyendo el derecho de huelga, siendo titular de este solo los extranjeros con autorización de trabajo y, finalmente, con la reforma por LO 14/2003 permanece igual. No ha sido hasta la reforma operada por la LO 2/2009, a raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia 259/2007, de 27 de diciembre, que se reconoce el ejercicio del derecho de huelga a los extranjeros en las mismas condiciones que a los nacionales (art. 11.2).

El derecho de reunión, en la letra f) del art. 4.1 ET, está reflejado en la Constitución en el art. 21 CE, y debe calificarse como un derecho consustancial a toda persona como tal, en sentido de derecho de ciudadanía política. En su vertiente de ciudadanía socio-laboral, el derecho de reunión está regulado en el ET en los arts. 77 a 81, donde se establece el derecho de reunión en la empresa y/o centro de trabajo a través de la asamblea. Presenta una titularidad individual pero un ejercicio colectivo, en tanto la reunión de trabajadores se estructura como un mecanismo del conjunto de los mismos. En la LO 4/2000 se reguló este derecho en sentido político, pero siempre limitado a los extranjeros en situación administrativa regular, atentando de este modo, una vez más, a la dignidad humana al restringirse un derecho fundamental. De nuevo, la reforma operada por LO 2/2009, tras la STC 259/2007, vino a eliminar esta condición y análogamente a lo ocurrido con los otros derechos, como el de libre sindicación o de huelga, y por la conexión que existe entre el ejercicio de este derecho y la condición de trabajador, el derecho de reunión se reconoce al trabajador extranjero en las mismas condiciones que a los españoles.

En lo referente al derecho a negociación colectiva, en el apartado c) del art. 4.1 ET, que en la Constitución se ubica en el art. 37.1 CE, se configura como derecho y deber del ciudadano, no como derecho fundamental, pero ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como parte integrante del contenido del derecho de libertad sindical. Se trata de un derecho que pertenece a los representantes de los trabajadores y no al trabajador considerado individualmente. A lo que sí tiene derecho es a que se le aplique el convenio colectivo pactado, como fuente reguladora de sus derechos y obligaciones; y a reclamar ante los tribunales. En este sentido, los trabajadores extranjeros poseen el derecho en el mismo sentido que los nacionales.

El derecho a la negociación colectiva no tiene reflejo en la Ley de Extranjería tal vez porque la ley no puede considerar una regulación específica del ámbito laboral de los extranjeros, por lo que hay que remitirse a la regulación de carácter general con el objetivo de aplicarla al caso específico de los trabajadores extranjeros. Ahondando en el derecho, un trabajador extranjero puede participar como representante en la comisión negociadora tal como determina el art. 88 ET, pero un trabajador extranjero en situación administrativa irregular no puede hacerlo por la perspectiva pública de esta actividad y por la existencia de relación con autoridad competente, al existir posible denuncia por parte de la autoridad por la situación irregular del trabajador. En cuanto a la aplicación del convenio, se hará a la totalidad de trabajadores independientemente de la nacionalidad o de la situación administrativa que posean, tal como establece el art. 82.3 ET.

Continuando con los derechos colectivos, en la letra d) del art. 4.1 ET el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, encuentra su reflejo en el art. 37.2 CE como derecho y deber del ciudadano, aunque lo recoge tanto para trabajadores como empresarios, a diferencia del ET que solo atribuye este derecho a los trabajadores. Matizando, tal como pasa con el derecho a la negociación colectiva, este derecho no es del trabajador, como tal, sino del representante. Los trabajadores, por su parte, tienen la posibilidad de sumarse a lo adoptado por el representante.

En el caso de los trabajadores extranjeros, la LO 4/2000 no contempla este derecho con la excusa de que la ley no es reguladora de los derechos laborales de los extranjeros. En el ET no existe alusión expresa a su ejercicio por parte de trabajadores extranjeros, pero tal como sucede con el derecho a la negociación colectiva, si son trabajadores en situación irregular se encuentran con que es una acción pública y de relación con autoridades competentes, por lo que no pueden ejercer como representantes. Los trabajadores extranjeros en situación irregular podrán ser beneficiarios de las medidas acordadas en la negociación en su condición de trabajador de facto y pueden denunciar situaciones injustas y discriminatorias que atenten contra su dignidad como trabajador y como persona.

El último apartado en la letra g) del art. 4.1 ET reconoce el derecho a la información, consulta y participación en la empresa, que como un supuesto derecho laboral se establece en el art. 129.2 CE y significa que el trabajador tiene derecho a

participar como elector o elegible en los procesos electorales de la empresa o centro de trabajo, también a ser elegido representante disponiendo de facilidades y garantías.

Su desarrollo legal en el ET se encuentra en los arts. 61 a 76. Igualmente, como sucede con otros derechos ya mencionados, este no presenta regulación expresa ni tácita en la Ley de Extranjería, por la ya sabida condición de no ser una ley que se dedique al régimen jurídico-laboral de los extranjeros, por lo que debemos acudir a lo que establece de forma legal el conjunto del ordenamiento laboral, donde no existe limitación alguna para el caso de los trabajadores extranjeros. Es un derecho que tanto en su titularidad como ejercicio pertenece a los trabajadores extranjeros, tanto en situación regular como irregular, con claras condiciones de igualdad con los trabajadores nacionales. En el caso que se le excluya del censo electoral a un trabajador extranjero en situación administrativa irregular, este está legitimado a reclamar ante la mesa electoral de acuerdo con el art. 73 ET.

Sobre la posibilidad de salir elegido como representante de los trabajadores, integrante del comité de empresa o ser delegado de personal; o en cuanto a la prevención de riesgos laborales, formar parte del comité de seguridad y de salud o ser delegado de prevención, se da el mismo principio de universalidad, es decir, se ha de ejercer en plena igualdad de condiciones, indistintamente de la nacionalidad que posea el trabajador-representante y su condición administrativa, sea regular o irregular. En el supuesto caso que resultase elegido como representante un trabajador extranjero en situación irregular es primordial atribuirle todas las garantías legales establecidas para la realización de su función representativa, a través del muchas veces mencionado art. 36.3 LO 4/2000.

Finalmente, entendemos que se trata de un derecho social fundamental de todo trabajador, incluyendo a los de nacionalidad extranjera, por la importancia de situarse en condiciones de igualdad frente a quienes tienen su misma condición -trabajadores- y ante lo cual no hay que permitir discriminación alguna por su estatus jurídico, laboral y social.

4.4. La normativa autonómica: competencia estatal *versus* competencia autonómica

La legislación laboral es competencia exclusiva del Estado, por lo que a las Comunidades Autónomas (CCAA) sólo les queda la ejecución de dicha normativa, aunque la situación es distinta en relación a las políticas de empleo³⁵¹.

Entre los preceptos constitucionales que afectan a la materia laboral y la distribución de competencias destaca el artículo 149.1.1 CE, que detalla materias sometidas a la competencia exclusiva del Estado, siendo la principal “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.”. Cualquier interpretación que hagamos del referido artículo habrá de tener presente dos principios constitucionales: el principio de soberanía del Estado y el principio de igualdad (como derecho subjetivo en el artículo 14 CE, como valor superior de su ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 CE y como mandato a los poderes públicos en el artículo 9.2 CE); dado que son dos de los ejes fundamentales de la Constitución española que se configuran como eminentes para un Estado social y democrático de derecho, que se articula sobre la base de una estructura de descentralización política.

Adentrándonos en materia laboral, el artículo 149.1.7 CE dice que el Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación laboral, “sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”. Asimismo, sobre el alcance del término “laboral”, el Tribunal Constitucional ha interpretado en su sentencia 35/1982, de 30 de junio, que “el concepto de legislación laboral cuyo primer término tiene una considerable fuerza expansiva, no puede ser entendido también como potencialmente ilimitado en función del segundo, cosa que sucedería inevitablemente si el adjetivo laboral se entendiera como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo. Es por ello forzoso dar a este adjetivo un sentido concreto, -y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual-, como referido sólo al trabajo por cuenta ajena, entendiendo por legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral, es decir, para recoger los términos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, la relación que media entre los trabajadores que presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y los

³⁵¹ MORALES ORTEGA, José M., “Empleo de calidad: ¿Realidad o ficción?” en *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (dir.), Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, p. 86.

empresarios, en favor de los cuales y bajo la dirección de quienes se presenten estos servicios, con las exclusiones y excepciones que en dicha Ley se indican” (FJ 2).

Por lo tanto y siguiendo a la jurisprudencia en materia de legislación laboral, “la competencia normativa del Estado es completa”, siendo “susceptible de ejercerse a través de la potestad legislativa y reglamentaria” (STC 360/1993, de 3 de diciembre, FJ 4), lo cual significa que el Estado es fuente única de normas laborales, de tal modo que “ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normativa estatal” (STC 195/1996 de 28 de noviembre, FJ 11).

En el ejercicio de esta función aplicativa, las CCAA sí pueden promulgar disposiciones normativas internas o de organización como manifestación de su potestad organizativa, por lo que puede corresponderles, sin duda “*la potestad de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia*”. (STC 57/1982, de 27 de julio, FJ 11).

En conclusión, por lo que afecta al ámbito del trabajo y a la luz de la jurisprudencia constitucional, la reserva legislativa estatal en materia laboral –incluyendo los reglamentos ejecutivos– se refiere a materias laborales en sentido estricto quedando en manos de las Comunidades Autónomas la competencia de reglamentación interna. Sobre otras materias laborales, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias mayores, incluidas las normativas. Se tratará de materias que tienen un impacto claro en la esfera jurídico-laboral como, por ejemplo, una materia tan cercana al Derecho del Trabajo como la Seguridad Social en la que las CCAA tienen reconocida expresamente la potestad legislativa compartida que les permite desarrollar la legislación básica estatal, así como la función ejecutiva que incluye tanto la potestad reglamentaria ejecutiva como de organización. También en materias que no alcanzan la condición de laborales en sentido estricto, aunque sean próximas, pueden las CCAA asumir competencias normativas por no hallarse incluidas en la reserva del artículo 149.1.7 CE, destacadamente, la política de empleo.

Y todavía en el ámbito laboral, hay algunos aspectos de la actuación de las administraciones públicas autonómicas que inciden indirectamente en la situación jurídica del inmigrante en España: en primer lugar, la concesión y renovación de

autorizaciones de trabajo que algún autor ha apoyado como ejercitable por las CCAA³⁵² y la elaboración y gestión del contingente anual de trabajadores extranjeros. En este ámbito, la propia Ley de Extranjería prevé que la programación anual del contingente de trabajadores extranjeros a la vista de la situación nacional de empleo se realice sobre la base de la información proporcionada por las CCAA (artículo 39 LO 4/2000).

Por otra parte, también es necesario incluir una breve referencia a la materia de inmigración y extranjería que, según dispone el artículo 149.1.2 CE, reserva a competencia exclusivamente estatal la regulación sobre todo lo relativo a “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. Así pues, el diseño del estatuto jurídico del inmigrante como extranjero es una competencia del Estado.

Sin embargo, es fácilmente constatable que las CCAA, en virtud de las competencias del artículo 148 CE, pueden llevar a cabo actuaciones que inciden en la inmigración bien sea mediante legislación autonómica, bien sea mediante acciones de carácter administrativo. Así, el artículo 148.1 apartados 20 y 21 permiten que las CCAA asuman competencias en materia de asistencia social, sanidad e higiene además de las posibilidades que ya hemos comentado que quedan abiertas por el artículo 149.1 apartados 7 y 17 (ejecución en materia de legislación laboral y de seguridad social).

Además, algunos especialistas³⁵³ diferencian claramente en el artículo 149.1.2 CE dos vertientes: una primera vertiente vetada a la actuación autonómica que se refiere al control del flujo de entrada, estancia, residencia y trabajo de los inmigrantes así como la regulación de infracciones y sanciones en la materia (se trata de aspectos directamente relacionados con el ejercicio de la soberanía territorial del Estado) y una segunda vertiente en la que los entes autonómicos pueden desarrollar acciones en materia asistencial. Así, muchas de las necesidades de integración social son cubiertas por la política social desarrollada por las CCAA.

Sobre las dificultades de descentralizar algunos actos que pueden asumir las CCAA en estas cuestiones algunos autores³⁵⁴ señalan, por ejemplo, las disfuncionalidades que

³⁵² AJA, Eliseo (coord.), *La nueva regulación de la inmigración en España, Novedades de Derecho Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 214.

³⁵³ GARCÍA MURCIA, Joaquín y CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, “La distribución de competencias en materia de inmigración”, *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, pp. 227-263, concretamente, pp. 246 y ss.

³⁵⁴ GARCÍA MURCIA, Joaquín y CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, “La distribución de competencias en materia de inmigración”, *op.cit.*, p. 246. Ver también, MONTILLA MARTOS, Juan A., “Las funciones y competencias de las C.C.A.A. en inmigración”, en Aja, E., Montilla, J.A. y Roig, E.

plantea el acceso a los servicios públicos que pueden gestionar los entes autonómicos teniendo en cuenta que ese acceso depende de la situación administrativa en la que se encuentra el extranjero, ámbito que corresponde regular al Estado. La colaboración y cooperación entre las Administraciones implicadas es un principio que se impone en esta materia. Y esta colaboración queda reflejada en algunas previsiones normativas como el artículo 68 LO 4/2000 que se refiere a la “adecuada coordinación de las actuaciones de las Administraciones públicas con competencias sobre la integración de inmigrantes”, Administraciones entre las que se incluyen la estatal, autonómicas y locales que conforman el Consejo Superior de Política de Inmigración, órgano que elabora las bases para la política global en materia de integración laboral o social de los inmigrantes. Las tres Administraciones tienen, en diversa medida, atribuidas competencias con incidencia en aquella acomodación o integración social, a saber, sanidad, prestaciones y servicios sociales, vivienda, educación y cultura.

4.4.1. Las competencias en las Comunidades Autónomas

Las competencias de las CCAA en materia de trabajo y de empleo están enunciadas estatutariamente. A tenor de lo que dicta el artículo 149.1.7 CE, en materia laboral, las Comunidades asumen las competencias de ejecución, es decir la actuación administrativa y reglamentaria interna, para así poner en práctica o aplicación la normativa estatal dentro del territorio autonómico, “sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”.

En materia laboral, actualmente las Comunidades Autónomas disponen estatutariamente de competencias de ejecución de la legislación laboral del Estado. En el art. 2.2 E.A. para el País Vasco, art. 170 E.A. de Cataluña, art. 29.1 E.A. de Galicia, art. 63 E.A. de Andalucía, art. 33.2 E.A. de Canarias, art. 51.1.1 E.A. de la Comunidad Valenciana, art. 58.1.b) E.A. Régimen Foral de Navarra, art. 12.10 E.A. del Principado de Asturias, art. 26.11 E.A. de Cantabria, art. 11.1.3 E.A. de La Rioja, art. 12.10 E.A. de la Región de Murcia, art. 77.2 E.A. de Aragón, art. 33.11 E.A. de Castilla-La Mancha, art. 9.11 E.A. de Extremadura, art. 32.11 E.A. de Illes Balears, art. 28.1.12 E.A. de la Comunidad de Madrid y art. 76.1 y 2 E.A. de Castilla y León.

(coords), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración, Novedades de Derecho Público*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 31.

Dentro de las competencias de las Comunidades Autónomas se cuenta también, la creación de programas propios de fomento del empleo, cumpliendo de este modo lo que dicta el artículo 40.1 CE “De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”. Las Comunidades Autónomas pueden establecer subvenciones para fomentar la contratación de trabajadores en el marco de programas de fomento o promoción del empleo, pero no pueden modificar la regulación estatal del contrato de trabajo, tampoco introducir nuevas causas de extinción del mismo, ya que no están legitimadas para invadir otras esferas atribuidas en exclusiva al Estado, como es la legislación laboral (artículo 149.1.7 CE).

Este mandato constitucional se desarrolla en diferentes leyes estatales. Comenzando por la Ley de Empleo, que concreta que las Comunidades Autónomas disponen de competencia en materia de política de empleo que comprende intermediación laboral, fomento del empleo y formación profesional ocupacional: “De conformidad con la Constitución y sus Estatutos de Autonomía, corresponde a las comunidades autónomas en su ámbito territorial el desarrollo de la política de empleo, el fomento del empleo y la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidas” (artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, en adelante, Ley de Empleo)³⁵⁵.

La propia Ley de Empleo contiene una definición de las políticas de empleo que, en su artículo 1, define así: “Teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 de la Constitución Española, la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción y a la debida protección de las situaciones de desempleo”. Los instrumentos de la política de empleo son tres: la intermediación laboral que son los servicios que ponen en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan empleo para su colocación; las políticas activas de empleo son el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación, cuyo principal objetivo es la mejora de las posibilidades de acceso al empleo, así como la formación para el empleo y la coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo.

³⁵⁵ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003).

Dentro de los colectivos prioritarios hacia los cuales se dirigen los programas específicos para fomentar el empleo del Gobierno y las CCAA, se encuentran las personas inmigrantes³⁵⁶, en el marco de lo dispuesto por la Ley de Extranjería (artículo 30.1 de la Ley de Empleo).

También es competencia de las CCAA establecer, dentro de sus ámbitos territoriales, programas de empleo acordes con las obligaciones establecidas por la Estrategia Europea de Empleo, a través de los Planes nacionales de acción para el empleo, así “De conformidad con la Constitución, con los Estatutos de Autonomía y con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas establecerán los mecanismos de colaboración oportunos y en su caso de participación con las corporaciones locales para la ejecución de los programas y medidas de las políticas de empleo” (artículo 4 de la Ley de Empleo).

La financiación autonómica de las políticas activas de empleo se hará con las correspondientes partidas que los presupuestos de la CCAA establezcan, así como con la participación en los fondos procedentes de la UE.

Hay que mencionar que también la construcción europea de la cohesión social y de las políticas de empleo da mucho margen de actuación a las CCAA, en la medida en que se anima la participación en los ámbitos territoriales descentralizados en el diseño, desarrollo y aplicación de las políticas de empleo, lo que se manifiesta en la regulación concreta de los fondos estructurales dirigidos directamente a las CCAA³⁵⁷. Queda establecido de esta manera que la CCAA no sólo se concibe como un ente de autogobierno que actúa dentro del ámbito nacional, sino que tiene como referencia a la UE, lo que implica la incorporación de principios, valores y derechos europeos dentro de sus acciones.

Este marco normativo es pacífico por lo que afecta a la materia laboral, aunque debe destacarse que en la oleada de reformas estatutarias que se produjo a partir del año 2006, los Estatutos de Autonomía (en adelante, EA) que se reformaron han prestado una

³⁵⁶ Puede verse un análisis comparativo del nivel de regularidad e irregularidad de la población inmigrante y extranjera que reside en las Comunidades Autónomas en ORTEGA RUÍZ, Mónica, “Inmigrantes y extranjeros regulares e irregulares en España: una comparativa entre autonomías”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 13, 2012, pp. 109-125.

³⁵⁷ CABEZA PEREIRO, Jaime, “Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo”, en AA.VV., *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Laborum, Murcia, 2007, pp. 22 y ss.

atención especial al inmigrante³⁵⁸ y han ejecutado el mandato contenido en el artículo 9.2 CE que compromete la acción de los poderes públicos para alcanzar la igualdad sustancial entre individuos y grupos y les encomienda la adopción de medidas especiales para corregir los efectos dispares que se sigan de la aplicación de disposiciones generales, promover las condiciones para la efectividad de la igualdad y libertad de individuos y grupos, remover los obstáculos que impidan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social así como la obligación del artículo 2 ter de la LO 4/2000, dedicado a la integración de los inmigrantes, que constituye un mandato explícito a las Administraciones Públicas y, por tanto, a las Comunidades Autónomas, de adopción de las medidas que sean necesarias para la plena integración de los extranjeros en la sociedad española y que las Administraciones públicas incorporen el objetivo de la integración con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes en los términos previstos en la Constitución, Estatutos de Autonomía y demás leyes³⁵⁹. Por ello, estos Estatutos reformados han sido más explícitos en el reconocimiento de la competencia de la CCAA en materia de integración social de los inmigrantes y, sobre todo, han reconocido cierta participación en autorizaciones de trabajo para inmigrantes, siempre dentro del marco constitucional.

Así, el mencionado artículo 138.2 del EA de Cataluña –reformado por LO 6/2006, de 19 de julio– atribuye a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye de una parte, la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena y, de otra parte, la tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere el párrafo anterior y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

³⁵⁸ Los Estatutos de Autonomía que no se inscriben en este movimiento de reforma contienen referencias al emigrante dado el contexto en el que fueron aprobados –a partir de 1980– y la nula atención que se prestaba a la inmigración en ese momento (véase PAUNER CHULVI, Cristina, *Emigración y Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013). Las referencias a la integración social de los inmigrantes son inexistentes.

³⁵⁹ Sobre las políticas autonómicas de integración de los inmigrantes, véase IGLESIAS DE USSEL, Julio (ed.), *Las políticas de integración social de los inmigrantes en las Comunidades Autónomas españolas*, Fundación BBVA, Madrid, 2010.

De contenido similar al catalán, el EA de Andalucía –reformado por LO 2/2007, de 19 de marzo– declara en el artículo 10.3.17 los objetivos básicos de dicha Comunidad en esta materia orientados a “la integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en Andalucía”. En relación con este precepto, el artículo 62.1 atribuye a la CCAA una competencia general en relación con “las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias” (apartado a) y una competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado, y que incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción (apartado b). El artículo 62.2 del Estatuto prevé asimismo la participación de la CCAA “en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX”.

En términos casi idénticos, el artículo 144 del EA de Canarias –reformado por LO 1/2018, de 5 de noviembre– atribuye a la CCAA de Canarias la competencia genérica en materia de desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias (apartado 1) y la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Canarias (apartado 2) y la participación en decisiones estatales sobre inmigración y en la determinación del contingente (apartado 3).

El EA balear –reformado por la LO 1/2007, de 28 de febrero– establece en el artículo 16 que la actuación de las Administraciones Públicas de las Illes Balears deberá centrarse en los derechos sociales de los inmigrantes y atribuye competencia exclusiva a dicha Comunidad Autónoma en materia de “integración social y económica del inmigrante (artículo 30.49), y competencias ejecutivas en materia de “inmigración en los términos previstos en la Constitución y en la legislación del Estado” (artículo 32.18ª).

El EA de Aragón –reformado por LO 5/2007, de 20 de abril– proclama en el artículo 29 que “Los poderes públicos de Aragón promoverán las políticas necesarias

para la integración socioeconómica de las personas inmigrantes, la efectividad de sus derechos y deberes, su integración en el mundo educativo y su participación en la vida pública”. Además, en el artículo 75 prevé asimismo la participación y colaboración con el Estado en la política de inmigración y, en particular, en la determinación en su caso del contingente de trabajadores extranjeros.

El EA de Castilla y León –reformado mediante LO 14/2007, de 30 de noviembre– establece en su artículo 10 que los derechos reconocidos a los ciudadanos de Castilla y León se extenderán a los extranjeros con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma³⁶⁰. Además, dispone en su apartado segundo que los poderes públicos de la comunidad promoverán la integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León. Para garantizar la eficacia de este mandato estatutario, el artículo 70.1.12º configura como competencia exclusiva de esta Comunidad la regulación del régimen de acogida e integración económica, social y cultural de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León. Finalmente, el artículo 76 establece la competencia ejecutiva de la Comunidad en políticas activas de ocupación y en la fijación, en colaboración con el Estado, de las necesidades del mercado laboral que determinan la concesión de las autorizaciones de trabajo de los extranjeros.

4.4.2. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana

El EA de la Comunidad Valenciana (en adelante, EACV) fue reformado mediante LO 1/2006, de 10 de abril, de modificación del texto aprobado por LO 5/1982, de 1 de julio. Esta norma dedica algunos preceptos a la materia de inmigración comenzando por el artículo 10.3 que, al describir los ámbitos en los que la Generalitat centrará sus esfuerzos en políticas sociales de integración, señala que “en todo caso, la actuación de la Generalitat se centrará primordialmente en los siguientes ámbitos: [...] derechos y atención social de las personas inmigrantes con residencia en la Comunitat Valenciana”³⁶¹. Por su parte, el artículo 59.5 EACV, después de prever la celebración de convenios de colaboración para la gestión y prestación de servicios correspondientes a materias de su exclusiva competencia, tanto con el Estado como con otras Comunidades

³⁶⁰ En desarrollo de este mandato se aprobó la Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León.

³⁶¹ La Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana establece las bases fundamentales del modelo de integración social de las personas inmigrantes que se encuentran en la Comunitat Valenciana.

Autónomas, establece expresamente que “la Generalitat colaborará con el Gobierno de España en lo referente a políticas de inmigración”.

Por su parte, en materia laboral, la actuación de la Generalitat se centrará primordialmente en la igualdad de oportunidades, igualdad de derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos; en derechos y atención social de los inmigrantes con residencia en la Comunidad Valenciana, tal y como dispone el artículo 10.3 del EACV³⁶².

La Generalitat, en el marco de sus competencias y mediante su organización jurídica, promoverá las condiciones necesarias para que los derechos sociales de los ciudadanos valencianos y de los grupos y colectivos en que se integren sean objeto de una aplicación real y efectiva. (artículo 10.4. EACV).

Corresponde a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado en materia “laboral, asumiendo las facultades, competencias y servicios que en este ámbito y a nivel de ejecución ostenta el Estado con respecto a las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección de éste, y el fomento activo de la ocupación” (artículo 51.1.a EACV).

Conforme al artículo 33 EACV se desprende que “Corresponde a la Generalidad Valenciana la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: 1) Laboral, asumiendo las facultades, competencias y servicios que en este ámbito y a nivel de ejecución ostenta actualmente el Estado respecto a las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección de éste. Quedan reservadas al Estado todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias”.

Por otra parte, en 2008 se proclamó la Ley de Integración de los Inmigrantes en la CV, con el objetivo de establecer medidas que faciliten la integración de las personas inmigrantes que se encuentra en territorio valenciano. Hablamos de “una integración que deberá consolidarse mediante una convivencia respetuosa con los valores constitucionales y que contribuya al bienestar de todos”³⁶³. Se trata de una ley que en

³⁶² Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (*BOE* núm. 86, del 11 de abril de 2006).

³⁶³ Exposición de Motivos de la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunitat Valenciana.

su artículo 4.1., establece que uno de los fines de la integración es garantizar el máximo nivel de desarrollo y aplicación de los valores, principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, también en el Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y en el resto del ordenamiento jurídico. Efectivamente, en la pasada década se realizó un interesante avance en los textos estatutarios “afectando de modo significativo a la materia de inmigración (...) sustituyendo el silencio de las primeras regulaciones por una intensa recepción del fenómeno por la vía de la delimitación de las facultades autonómicas sobre esta materia”³⁶⁴. El Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana, en su art. 10.3 describe los ámbitos en los que la Generalitat centrará sus esfuerzos en políticas sociales de integración, señalando que «en todo caso, la actuación de la Generalitat se centrará primordialmente en los siguientes ámbitos: [...] derechos y atención social de las personas inmigrantes con residencia en la Comunitat Valenciana». Los pilares básicos de esta ley son la sanidad, la educación, el empleo y la formación, entre otros, con lo que se fomenta el compromiso de integración entre la sociedad valenciana y la inmigración.

4.5. La Ley de Extranjería

La Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), tras las sucesivas reformas analizadas en un capítulo anterior, está desarrollada por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería, (en adelante, RD 557/2011), que entró en vigor el día 30 de junio de 2011³⁶⁵.

En el primer capítulo referimos el contexto en el que se elaboró la legislación de extranjería en España y se analizó la evolución de la ley hasta llegar a la actualmente vigente. El objeto de los apartados que siguen es centrar nuestra atención en aquellas referencias normativas que conforman específicamente el estatuto jurídico del extranjero trabajador.

El título de la norma ya avanza que en su contenido se integran dos aspectos esenciales en extranjería. En primer lugar, el régimen jurídico de los extranjeros en España donde se abordan la entrada y salida del territorio español, las situaciones de los

³⁶⁴ GALERA VICTORIA, Adoración, “Las políticas de inmigración en el estado autonómico, *Inmigración y Crisis Económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Ortega Pérez, N. y Guillén López, E. (coords.), Comares, Granada, 2011, p. 246.

³⁶⁵ Sobre el tema, por todos, VVAA, *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España (estudio tras el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*, García Ninet, J. I. (dir.) y Ruano Albertos, Sara (coord.), Atelier, Barcelona, 2012.

extranjeros y autorizaciones administrativas y el régimen de infracciones y sanciones. En esta parte es destacable, como veremos, que la LO 4/2000 reconoce un estatuto de derechos a los extranjeros en situación regular partiendo del principio de igualdad y no discriminación respecto de los nacionales y, como novedad, “incorpora un cierto estatuto de derechos y ventajas sociales para los extranjeros en situación irregular, aunque con una posición “relativamente estable en España”³⁶⁶. En segundo término, la integración social del extranjero en la sociedad española que se refiere a la dimensión colectiva de la inmigración como fenómeno que mueve a las personas de otros países a movilizarse a la búsqueda de una mejora de vida y laboral.

4.5.1. Marco General

Con la globalización y la tendencia a emigrar, generalmente, por motivos de trabajo, nos encontramos ante una situación que se ha convertido en un asunto económico, social y político, clave y muy importante. De hecho, como la movilización de estas personas se produce en un contexto de crisis económica, la normativa que regula estos flujos se ha revisado desde el prisma de la afectación al mercado laboral.

Por ello nos proponemos evaluar la incidencia de esta tendencia y de qué manera influye en la actual situación del mercado de trabajo, tanto a nivel mundial, en general, como en España, en particular. Siendo considerado el trabajo como el centro de la vida de las personas y como instrumento de conducción de la autonomía personal, entendiendo como autonomía un todo relacionado con la dignidad, es natural que las personas que emigran busquen en el trabajo la forma de integrarse en la sociedad a la que llegan.

Las relaciones laborales tienen la singularidad de servir de vía para la interrelación de personas culturalmente diversas, de diferentes costumbres y religiones. Todas estas particularidades deben ser respetadas por la parte empleadora como por los compañeros de trabajo, ya que son una manifestación del desarrollo del ser personal de cada individuo, de su dignidad³⁶⁷.

El marco constitucional en lo que afecta a extranjería parte de la regulación contenida en el artículo 13 CE que, como vimos, se ocupa de las libertades públicas

³⁶⁶ GARCÍA MURCIA, Joaquín y CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, “La distribución de competencias en materia de inmigración”, *op. cit.*, p. 248.

³⁶⁷ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina, *Derechos a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia en las relaciones jurídico-laborales*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 29.

aplicables a los extranjeros y que quedan mediatizadas por la correspondiente intervención legal, en este caso, por la LO 4/2000. Al extranjero le corresponden, por imperativo constitucional, y en igualdad de condiciones que los españoles, los derechos que entroncan con la garantía de la dignidad humana (artículo 10.2 CE) frente al resto de derechos que les resultarán aplicables en los términos previstos por la ley.

El artículo 1.1. LO 4/2000 delimita el ámbito de aplicación de la misma a los extranjeros, cuando dictamina que “Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”. A su vez, da un tratamiento diferente a los extranjeros europeos, según el artículo 1.3 LO 4/2000 que informa que “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”. Finalmente, en el mismo artículo 1.2 hace referencia a leyes especiales y tratados, “Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte”.

Este primer artículo abre un debate interesante a los efectos de determinar exactamente qué se entiende por trabajador extranjero ya que la definición no es unívoca en los textos normativos. Así, en el ámbito internacional, los Convenios de la OIT núm. 97 y 143 lo definen como “toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta”. Esta formulación descarta el empleo autónomo que, sin embargo, es una opción a la que recurren muchos inmigrantes que por ejemplo abren comercios.

En el nivel comunitario, la normativa ha diferenciado de manera clara la condición de ciudadanos de un Estado miembro de la UE frente a los extranjeros extracomunitarios. Los primeros disfrutan plenamente de la libertad de circulación de los trabajadores –una de las cuatro libertades– que incluye el derecho de desplazamiento y residencia del trabajador, el derecho de entrada y residencia de los miembros de la familia y el derecho a trabajar en otro Estado miembro y a recibir el mismo trato que los nacionales de ese Estado³⁶⁸.

³⁶⁸ Véanse el artículo 3.2 TUE; los artículos 4.2.a), 20, 26 y 45 a 17 TFUE así como la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; Directiva 2014/54/UE sobre medidas para facilitar el

Por fin, en el conjunto de extranjeros extracomunitarios, existen los extracomunitarios privilegiados que son aquellos a quienes se destina una determinada normativa en función de su vínculo con un ciudadano de la UE, dándoles un trato más benigno, pudiendo constatarse de este modo que la normativa aplicable en el orden comunitario es más ventajosa que la normativa contenida en las leyes de inmigración comunes³⁶⁹.

En la legislación española, como hemos visto, se contiene una definición en negativo de la persona extranjera (“todo aquel que no tiene la nacionalidad española”). Junto con esta noción es fundamental diferenciar las dos situaciones en las que se puede encontrar el extranjero que trabaja en España atendiendo a su situación administrativa: trabajadores en situación legal que trabajan por cuenta propia o ajena y trabajadores en situación irregular que carecen de autorización para trabajar, situaciones que reciben respuestas legales distintas y que analizamos en las líneas que siguen.

Este análisis conceptual realizado desde una perspectiva jurídica puede completarse con una reflexión a la que nos lleva la distinción contenida en el artículo 149.1.2 CE que alude a inmigración y extranjería como referidas a dos realidades distintas. El término “extranjero” quedará reservado para toda persona que no posea nuestra nacionalidad e independientemente de la posición jurídica en la que se halle (pensemos en que se puede tratar de un estudiante, un turista o un residente). El término inmigrante, por su parte, parece que añade algunas condiciones adicionales: se trata también de una persona de nacionalidad no española –extranjero– que tiene voluntad de trabajar y residir en España, persigue una forma de mejora de sus condiciones y circunstancias personales y familiares³⁷⁰. Esta vertiente sociológica y laboral del fenómeno es la que explica que el tratamiento que recibe la inmigración no se pueda abordar exclusivamente con las normas de extranjería “pues su problemática no se reduce al establecimiento de los oportunos trámites de entrada y residencia, a la fijación del estatuto jurídico del extranjero en el país de referencia o a la determinación de la ley

ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores; Reglamento (UE) 2019/1149 por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, Reglamento 492/2001 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión y Reglamento (CE) 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y su Reglamento de aplicación (CE) 987/2009.

³⁶⁹ VALDUEZA BLANCO, M. Dolores, *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., p. 83.

³⁷⁰ Sobre la distinción entre extranjero e inmigrante puede verse CHARRO BAENA, Pilar, *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros en España*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 21-23.

nacional aplicable; requiere, más bien, una previsión acerca de su impacto en el sistema productivo y en la organización social y política”³⁷¹.

Continuando con el análisis de la LO 4/2000, en cuanto a los derechos y libertades de los extranjeros, establece en su artículo 3.1 que: “Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”. Por su parte, el segundo apartado del mismo precepto dispone que “Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”.

A la vista del contenido de ambos preceptos los principios de igualdad y el de integración son fundamentales para el tratamiento justo de los inmigrantes. Todas las personas migrantes tienen derecho a ser tratados plenamente como iguales con independencia de la situación nacional del mercado laboral. Este tratamiento basado en la igualdad debe impedir cualquier discriminación por razón de nacionalidad, criterios económicos, etc. y ser el fundamento de la inclusión del inmigrante en la sociedad donde se incorporan.

La igualdad como valor, principio y derecho aparece en la Constitución Española, enfatizándose la importancia de la misma. En el artículo 1.1 CE se presenta como un valor junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. En el artículo 9.2 CE, como un principio conforme al cual se han de promover las condiciones, por parte de los poderes públicos, con el fin de que la igualdad sea real y efectiva, en otras palabras, se logre la igualdad material; y en el artículo 14 CE aparece como un derecho, la igualdad ante la ley. De este modo entendemos que la Constitución Española ha hecho una clara apuesta por la igualdad.

³⁷¹ VVAA, *Inmigración y trabajo de extranjeros*, García Murcia, J. (coord.), Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2005, p. 23.

La igualdad -no discriminación- se configura, además como un límite de la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de reacción frente a posibles arbitrariedades de los poderes públicos. “No se trata de que éstos no puedan, en sus actuaciones, diferenciar entre individuos o grupos: se trata de que, si lo hacen, su actuación no pueda ser discriminatoria ni arbitraria”³⁷². En otras palabras, cabe tratar desigualmente a algunas personas siempre que este trato esté justificado, de tal modo que no vulnere la igualdad.

El derecho a la igualdad es un derecho a ser tratado igual que los demás o a no ser tratado de forma distinta o discriminatoria que quienes están en la misma situación. El principio de igualdad es relacional porque es la relación entre las personas donde se manifiesta la igualdad y la desigualdad. Es en esta perspectiva constitucional donde estos principios se encuentran inscritos y en donde el legislador puede establecer diferencias, observando siempre lo establecido por la jurisprudencia constitucional e internacional en relación a que la regulación de las diferencias debe estar justificada racionalmente y, a la vez, cuidando el núcleo duro de la igualdad para que esta diferenciación no se justifique en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política³⁷³.

Una violación del derecho a la igualdad comporta, de forma simultánea, la vulneración de otro derecho, como por ejemplo se viola el derecho a la igualdad al acceso a los cargos públicos, a la libertad de residencia o al derecho al trabajo³⁷⁴.

De hecho, la construcción de la noción de ciudadanía de la Unión consagrada por el artículo 8 del Tratado de Lisboa está presente en completa contraposición al resto de nacionales de terceros países, los inmigrantes extracomunitarios. Sólo los ciudadanos de países de la UE y del Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein) son titulares de libre circulación y de residencia para ejercer un empleo en iguales condiciones que los españoles. Pese a iniciativas emprendidas sobre política

³⁷² GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, López Guerra, L. (dir.), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 154.

³⁷³ Disponible en <http://gallito07.blogspot.com.es/2015/04/el-derecho-la-igualdad.html>). Consultado el 20/02/2018.

³⁷⁴ GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, López Guerra, L. (dir.), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 156.

comunitaria en materia de extranjería, en ningún momento se ha planteado, ni remotamente, eliminar las autorizaciones administrativas para residir y trabajar³⁷⁵.

Para los nacionales de terceros Estados, extranjeros extracomunitarios, el acceso al mercado de trabajo español se regula a través de la LO 4/2000, puesto que como vimos la diferencia de tratamiento entre nacionales comunitarios y extracomunitarios con respecto al derecho al trabajo se fundamenta en las prescripciones del artículo 13 CE, según el cual los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución en los términos que establezcan los tratados y la ley.

Puesto que el derecho al trabajo, al ser proclamado en el art. 35 CE, no se incardina en el grupo de derechos inherentes al ser humano, imprescindibles para garantizar su dignidad (STC 107/1984, de 23 de noviembre), nuestro ordenamiento jurídico se basa en el criterio de priorizar el acceso al trabajo -por cuenta ajena- de los nacionales frente a los extranjeros, que queda supeditado a la situación del mercado nacional de empleo. Por tanto, el sistema español –de manera semejante a lo que ocurre en los ordenamientos de nuestro entorno– protege la mano de obra nacional cuyos requisitos fundamentales son la autorización administrativa para trabajar y la valoración de la situación nacional de empleo que, como nos recuerda la doctrina, “se remonta a las primeras normas de regulación del trabajo de los extranjeros (RD de 1931 de 16 enero de 1931)”³⁷⁶.

Sin embargo, las condiciones diferenciadoras no pueden caer en causas de discriminación que están proscritas por los Tratados y por las Directivas que mencionamos en el capítulo anterior. Más detalladamente, la igualdad entre mujeres y hombres forma parte de la política social de la UE e incorpora el acervo comunitario iniciado con el Tratado de Ámsterdam. En referencia a la discriminación racial, el 29 de junio de 2000 se aprobó la Directiva 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico³⁷⁷, fue

³⁷⁵ DÍAZ AZNARTE, María Teresa, “El trabajador extranjero en situación administrativa irregular” en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Monereo Pérez, J.L. (dir.), Comares, Granada, 2010, p. 406.

³⁷⁶ FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén, “Los inmigrantes ante el mercado laboral español en tiempos de crisis”, *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 23, 2017, p. 54.

³⁷⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando, “El modelo europeo de lucha contra la discriminación” en *Pluralidad de Ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Matia Portilla, F.J. (dir.), CEPC, Madrid, 2011, p. 63.

el primer acto jurídico basado en el artículo 13 TCE³⁷⁸ y adoptado en menos de 14 meses debido a la situación política del momento en Austria³⁷⁹. En el momento de su adopción, la Directiva sobre igualdad racial fue revolucionaria, porque no limitaba la protección contra la discriminación al ámbito del empleo. Su artículo 3 incluye en el ámbito de aplicación, entre otras cosas, la seguridad social, la educación y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda. Esta Directiva ha constituido un gran paso adelante en la protección de las personas contra la discriminación y les ha proporcionado posibilidades de recurso. También es importante que la Directiva se aplique a todas las personas, independientemente de su ciudadanía o estatuto de residencia³⁸⁰.

Más tarde, aunque en el mismo año, la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre (igualdad en el empleo) que establece un marco general que cubre una diversidad de motivos discriminatorios, aplicables en el medio de trabajo, prohibiéndose no sólo las discriminaciones raciales sino también las discriminaciones por razón de religión, convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual.

Ambas directivas, representan un acuerdo de mínimos que no limitan la posibilidad de adoptar disposiciones más favorables para luchar contra las discriminaciones o para prevenir o compensar las desventajas que puedan afectar a determinados colectivos víctimas de comportamientos discriminatorios. Además, su ámbito de aplicación material es diferente aun cuando los destinatarios sean las mismas personas y procedan a incluir numerosas disposiciones comunes. En realidad, la diferencia fundamental se halla en que la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo (Directiva 2000/78) incluye la prohibición de discriminación en el trabajo por diferentes motivos (también el racial), mientras que la Directiva sobre igualdad racial (Directiva 2000/43) cubre el

³⁷⁸ Artículo 13.1 TCE (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, vigente hasta el 1 de diciembre de 2009). “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

³⁷⁹ Muchos países de la UE, empezando por Bélgica y Francia, habían expresado públicamente su malestar por el desarrollo de la crisis política austríaca que se inició con la inminente participación de la extrema derecha en una coalición de Gobierno en Austria con los conservadores de Wolfgang Schüssel.

³⁸⁰ ESTEVE GARCÍA, Francina, *Las Directivas Europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y en Francia* (Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/05FrancinaEsteveGarcia.htm#dos>).

acceso a todo tipo de bienes y servicios, pero sólo por el motivo de discriminación racial o étnico.

En cuanto a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, creo importante destacar algunas consideraciones, como que el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal, o que la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas. A tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la Directiva. Esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y la ocupación³⁸¹.

Para referirnos a las distintas nociones de discriminación, hemos de referirnos al principio de igualdad, el cual se identifica como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta, considerándose también actos discriminatorios el acoso y cualquier orden de discriminar. Estas cuatro formas de discriminación son las que se hallan prohibidas por las Directivas 2000/43 y 2000/78, con independencia de la intencionalidad del sujeto que la realiza. Una situación de discriminación directa se da cuando una persona es tratada de manera “«menos favorable que otra en situación análoga»”, y se produce como consecuencia de su origen racial o étnico. La discriminación indirecta se produce, siempre según la Directiva, cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, un criterio, una práctica o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico. Sin embargo, estas disposiciones, decisiones, criterios o prácticas no constituirán

³⁸¹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2 de diciembre de 2000.

una discriminación indirecta si responden objetivamente a una finalidad legítima y si los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados y necesarios. La doctrina³⁸² explica que resulta más difícil detectar este tipo de discriminación puesto que hay que analizar los efectos prácticos del acto o disposición –aparentemente neutrales– para concluir si son desiguales y perjudiciales para un grupo vulnerable (extranjero, mujer, etc.). Como veremos, la discriminación indirecta está definida en la propia LO 4/2000 (artículo 23.2.e). La jurisprudencia comunitaria ha resuelto que este tipo de prácticas quedan prohibidas tanto en relación a los extranjeros comunitarios como a los extranjeros extracomunitarios con residencia legal. Un caso representativo es el asunto de la Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica³⁸³ en el que la normativa belga condiciona la concesión de los subsidios de espera pagados a los jóvenes trabajadores en busca de su primer empleo al requisito de que los interesados hayan terminado sus estudios secundarios en un centro docente subvencionado o reconocido por Bélgica, lo que implicaba que un Estado miembro establece un requisito que puede ser cumplido más fácilmente por los hijos de sus nacionales, que por los de un nacional de otro Estado miembro, evidenciándose una ventaja social a la que difícilmente podían aspirar los miembros de la familia de un trabajador emigrante. Dicho requisito constituye una forma encubierta de discriminación contra los hijos de dicho trabajador, contraria al principio de igualdad de trato que establece el artículo 48 del TUE. Y esto “a pesar de que se aplique también a los nacionales de ese Estado que terminan sus estudios secundarios en el extranjero y sin que sea necesario demostrar que, en la práctica, dicho requisito afecta a un porcentaje considerablemente más importante de hijos de trabajadores emigrantes que de hijos de nacionales”³⁸⁴.

La tercera medida discriminatoria incluida es el acoso, que se refiere a toda conducta no deseable relacionada con el origen racial o étnico de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo. A diferencia de las formas de discriminación directa e indirecta, las víctimas de acoso no deben referirse a un elemento comparativo y tanto puede provenir de un empresario, como de un trabajador, de un cliente o de un

³⁸² GARCÍA AÑÓN, José, “Derechos de los extranjeros y discriminación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2002. Disponible en https://www.uv.es/CEFD/5/garciaanon.htm#_ftn38

³⁸³ Asunto C-278/94, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica, resuelto por Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de 12 de septiembre de 1996.

³⁸⁴ GARCÍA AÑÓN, José, “Derechos de los extranjeros y discriminación”, *op.cit.*

suministrador de bienes y servicios. Por último, en cuanto a la orden de discriminar, la Directiva incluye todo comportamiento que consista en instar a otra persona a realizar un acto de discriminación como, por ejemplo, en el caso supuesto en que un empresario pidiera a una agencia de empleo temporal que no seleccionara personas de color negro para cubrir sus puestos de trabajo, tanto el empresario como la agencia estarían incurriendo en un comportamiento discriminatorio³⁸⁵.

En cuanto a la discriminación o menoscabo de la dignidad de los trabajadores inmigrantes relacionados con la religión o creencia “la mayoría de las controversias sobre este rasgo en relación con la transposición de la Directiva de igualdad laboral giran sobre las excepciones de tal disposición en el caso de las religiones organizadas (respecto de las escuelas religiosas), así como el código de vestuario (en Bélgica, Francia, Suecia o Reino Unido)³⁸⁶.

Finalmente, la Directiva 2003/109 del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración contempla la aplicación del principio de no discriminación en el acceso al empleo y a las condiciones de empleo y trabajo así como a la educación y formación profesional, el reconocimiento de diplomas, las prestaciones sociales, beneficios fiscales, acceso y suministro de bienes y servicios y afiliación sindical, aunque se contemplan numerosos supuestos en los que los Estados pueden limitar el alcance de esa prohibición³⁸⁷.

Adentrándonos en la regulación de la igualdad y no discriminación en la LO 4/2000, el artículo 10, en cuanto al derecho al trabajo, establece que “los extranjeros residentes que reúnan determinados requisitos previstos en la ley y en las disposiciones que la desarrollen, tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena”. De igual manera, tienen derecho a acceder al sistema de la Seguridad Social, conforme a la legislación vigente. Hace mención, también, a que los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público que lo limita a la condición de personal laboral³⁸⁸. Se trata

³⁸⁵ ESTEVE GARCÍA, Francina, *Las Directivas Europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad*, op.cit.

³⁸⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando, “El modelo europeo de lucha contra la discriminación”, *op. cit.*, p. 69.

³⁸⁷ DÍAZ CREGO, María, “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, *op. cit.*, pp. 142-143.

³⁸⁸ Según el artículo 57.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, “Los extranjeros a los que se

de una equiparación general, por tanto, se entiende que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la LO 4/2000 en condiciones de igualdad con los españoles. La diferenciación entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular aflora aquí de nuevo: mientras que la equiparación de derechos laborales para los primeros es total con los ciudadanos, el segundo grupo solo implica una garantía de mínimos y que se respetarán las obligaciones de nuestro país a nivel internacional³⁸⁹.

Partiendo de la exigencia de cumplir con los requisitos de la LO 4/2000 y de las disposiciones que la desarrollen, el artículo 23 LO 4/2000 dictamina que representa discriminación “todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”.

Acto seguido, el mismo artículo en su segundo apartado hace una enumeración de los actos que considera como discriminatorios contra los extranjeros, como los efectuados por autoridad o funcionario público que realice cualquier acto discriminatorio contra un extranjero, actos que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, “En cualquier caso, constituyen actos de discriminación... c) todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo.... a la formación profesional y a los servicios sociales y socio-asistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”. Y define el supuesto de discriminación indirecta en el apartado e: "Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”.

refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles”.

³⁸⁹ PÉREZ CAMPOS, Ana I. y REGINA REDINHA, María, “El trabajador extranjero en el derecho laboral de la Península Ibérica: aspectos básicos”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2017, p. 84.

En los artículos 11 a 14 LO 4/2000 se reconocen los siguientes derechos de los trabajadores extranjeros. La libertad de sindicación (“derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional”) en las mismas condiciones que los trabajadores españoles (artículo 11.1) y de huelga (artículo 11.2); el derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria (artículo 12); Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes (artículo 13). En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles (artículo 13 *in fine*). El derecho a acceder a las prestaciones y servicios sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles (artículo 14.1). En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico (artículo 14.2). Finalmente, los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (artículo 14.3).

El catálogo general de derechos de los extranjeros en España se completa con el derecho a la reagrupación familiar (artículo 16 y siguientes) y se cierra con un conjunto de garantías judiciales y antidiscriminatorias (artículo 20 y siguientes).

En conclusión, el extranjero goza de la titularidad del derecho al trabajo en condiciones de igualdad con los españoles sometido a las limitaciones de las autorizaciones –de trabajo y residencia– pero esta equiparación desaparece cuando nos referimos al sistema de acceso al trabajo que el artículo 38 LO 4/2000 supedita a la situación nacional de empleo en la modalidad del trabajo por cuenta ajena. Esto quiere decir que para la concesión inicial de los permisos de residencia y trabajo asalariado se tendrá en cuenta que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero.

Así, en España la entrada de mano de obra extranjera está condicionada a una valoración individual o colectiva de la situación nacional de empleo (solicitud individual de autorización de residencia y trabajo o gestión colectiva de contrataciones en origen, respectivamente) en función de la cual se concederá al inmigrante la previa autorización de residencia y trabajo que le permitirán la entrada regular en territorio

español. Son estas dos fórmulas las que podemos considerar como “ordinarias” para acceder al mercado nacional de trabajo. Sin embargo, como señala la doctrina³⁹⁰, ambas formas de regularización en origen no han obtenido los resultados esperables porque no responden a la situación real: por un lado, la necesidad del empleador de conseguir mano de obra inmediata y, por otra, la necesidad de los inmigrantes que ya se encuentran en España de regularizar su situación. Porque lo que ocurre generalmente es que el extranjero entra en nuestro país regularmente, con un visado de estancia a menudo, o bien de forma irregular –saltando la valla o en patera– y después trata de regularizar su situación utilizando una fórmula “extraordinaria” o “excepcional”.

Esta fórmula excepcional de regularización se ha producido a través de diversos procesos de regularización masiva que habitualmente tenían lugar tras un cambio de calado en la normativa de extranjería y que deben calificarse de medidas transitorias y excepcionales. Pero, como veremos en el siguiente apartado, la LO 4/2000 ha aceptado el arraigo como medida de regularización extraordinaria individual que ha desbancado a la regularización en origen “lo que no deja de ser un síntoma inequívoco del propio reconocimiento del fallo del sistema”³⁹¹.

4.5.2. El permiso de trabajo para los extranjeros extracomunitarios: un trámite administrativo para entrar al mercado laboral

En España se encuentran actualmente 5.663.348³⁹² extranjeros con residencia en vigor. Existe una parte de la población extranjera que son nacionales extracomunitarios, de los cuales 74.050³⁹³ están en situación laboral, es decir, cuentan con un permiso de trabajo, que conlleva el de residencia. Paralelamente existen extranjeros extracomunitarios que no cuentan con dichas autorizaciones, pasando a formar parte del cupo de extranjeros extracomunitarios en situación administrativa irregular.

El acceso al mercado laboral en España puede realizarse por cuenta propia o ajena y la regulación respecto autorizaciones se localiza en los artículos 36 a 43 LO 4/2000. En ambos casos la legislación española exige, como regla general, una autorización de

³⁹⁰ FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a Belén, “Los inmigrantes ante el mercado laboral español en tiempos de crisis”, *op.cit.*, p. 55.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 60.

³⁹² Según datos del INE a 31 de diciembre de 2019. Disponible en <http://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2019/EXR/EXR.pdf>. No se dispone de los datos actualizados del año 2020 en la fecha de depósito de la tesis.

³⁹³ Según datos de la Dirección General de Estadística y Análisis Socio laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Datos provisionales a agosto de 2020. (Disponible en <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/pte/welcome.htm>). Última visita en fecha 12/12/2020.

trabajo (y de residencia) y, además, para contratar válidamente la prestación de servicios laborales debe atenderse a la situación nacional de empleo³⁹⁴. Las únicas excepciones a este régimen se contienen en los artículos 40 y 41 LO 4/2000 que regulan, respectivamente, los supuestos de exención a la situación nacional de empleo y a la autorización de trabajo.

El permiso de trabajo es una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, que se materializa finalmente en un carné, que solicita un empleador o empresario para la contratación de un trabajador que no se halle ni resida en España. Para su obtención hay que contar con ciertos requisitos, entre los que se encuentran:

(1) no ser ciudadano de un Estado de la UE, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o familiar de ciudadanos de estos países a los que les sea de aplicación el régimen de ciudadano de la Unión;

(2) no encontrarse irregularmente en territorio español;

(3) carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español;

(4) no tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido;

(5) no encontrarse, en su caso, dentro del plazo de compromiso de no retorno a España que el extranjero haya asumido al retornar voluntariamente a su país de origen;

(6) abonar las tasas por tramitación de la autorización de residencia y la de trabajo por cuenta ajena;

(7) que la situación nacional de empleo permita la contratación;

(8) Presentar un contrato firmado por el empleador y trabajador que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización para residir y trabajar. La fecha deberá estar condicionada al momento de eficacia de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena;

(9) las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se deberán ajustar a las establecidas por la normativa vigente. Si el contrato fuera a tiempo parcial, la

³⁹⁴ JOVER GÓMEZ-FERRER, Rafael, ORTEGA CARBALLO, Carlos, RIPOL CARULL, Santiago, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 193.

retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual;

(10) el empleador solicitante deberá estar inscrito en el régimen del sistema de Seguridad Social y encontrarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social;

(11) el empleador deberá contar con medios económicos, materiales o personales suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador. Si el empleador es una persona física deberá acreditar, una vez descontado el pago del salario convenido, el 100% del IPREM si no hay familiares a su cargo. Si la unidad familiar incluye dos miembros el 200%. Si la unidad familiar incluye más de dos personas se deberá sumar a la cantidad anterior el 50 % del IPREM por cada miembro adicional; y

(12) poseer la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión³⁹⁵.

El artículo 36 de la LO 4/2000, desarrollado por los artículos 62 y siguientes del RD 557/2011, determina que los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquiera actividad lucrativa, laboral o profesional, en España, precisarán de la respectiva autorización administrativa previa para trabajar. La autorización de trabajo se concederá con la de residencia; y su eficacia se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. En los casos en que la persona extranjera se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen.

El empleador que requiera contratar a un extranjero deberá de solicitar a este último la autorización de trabajo y residencia; que deberá acompañar del respectivo contrato de trabajo, que a su vez garantice el desarrollo de una actividad continuada durante la vigencia de la autorización.

Especialmente relevante es, a nuestros efectos, lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 36 LO 4/2000 que determina que “La carencia de la autorización de residencia

³⁹⁵ Artículos 36 y 38 LO 4/2000 y artículos 85 a 92 y 2000 del RD 557/2011.

y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las 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 derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”. Analizamos con detalle esta previsión en el siguiente apartado.

En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad, con la consiguiente inobservancia de la situación nacional de empleo.

En cuanto al desarrollo de actividades lucrativas por cuenta propia, el extranjero deberá acreditar el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad a desarrollar, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan (artículo 37.1 LO 4/2000). El segundo apartado de este artículo concreta que la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia, a semejanza de lo que se fija para el trabajador extranjero por cuenta ajena, se limitará a un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma y a un sector de actividad. La concesión de la autorización inicial de trabajo, coordinada con la que corresponde al Estado en cuanto a la residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas acorde con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos (artículo 37.3 LO 4/2000).

En el caso de trabajadores por cuenta ajena, como adelantamos, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo. La doctrina ha señalado que en la regulación de la política migratoria española confluyen intereses diversos: la protección de la mano de obra española, la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los extranjeros con clara prevalencia del primero de ellos sobre el criterio de la situación nacional de empleo.

Se entenderá que la situación nacional de empleo permite la contratación del extranjero:

- Cuando la ocupación a desempeñar por el extranjero esté clasificada como de difícil cobertura.

- Cuando el empleador acredite la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno a través del certificado emitido por el Servicio de Empleo competente.

Según la información que facilita el Servicio de Empleo Público Estatal (SEPE), el catálogo contiene aquellas profesiones cuyas ofertas de empleo son más difíciles de gestionar a la hora de cubrir puestos vacantes. Se alude al catálogo en el artículo 65.1 del Real Decreto 557/2011 y es elaborado con carácter trimestral para cada provincia, islas en el caso de las provincias insulares, y para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. La presencia de una ocupación en el catálogo de la zona geográfica de que se trate implica, para el empleador, la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida a un trabajador extranjero.

La concesión de la autorización inicial de trabajo corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos de Autonomía, siempre en coordinación con el Estado en materia de autorización de residencia (artículo 38.8 LO 4/2000). Esta autorización inicial es de residencia temporal y el trabajo tendrá una duración de un año quedando limitado, salvo excepciones previstas en la Ley y Tratados internacionales que España haya ratificado, a un ámbito geográfico y ocupación determinada. La autorización inicial tendrá eficacia una vez el trabajador haya obtenido el visado, entrado en España y haya sido dado de alta de en régimen de Seguridad Social correspondiente por el empleador que solicitó la autorización. Tras la primera concesión, las renovaciones sucesivas se concederán aplicando límites geográficos o de sector profesional. Estas renovaciones posteriores, hasta la obtención en su caso de la residencia permanente, habrán de contar con informes elaborados por Comunidades Autónomas o entidades locales³⁹⁶.

³⁹⁶ Nos referimos a los informes de arraigo que comentamos más adelante, así como los informes de esfuerzo de integración que emite una Comunidad Autónoma, a solicitud de un ciudadano extranjero que desea renovar su autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia o ajena. Este informe no tiene que presentarse obligatoriamente, pero puede ser alegado por el extranjero en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización y será tenido en cuenta como información a valorar por la oficina de extranjería. El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el

A los trabajadores altamente cualificados (artículo 38.ter LO 4/2000) les corresponde una autorización de residencia y trabajo documentada con una tarjeta azul de la UE. Será considerado profesional altamente cualificado los trabajadores que acrediten cualificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tengan un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente, (artículo 38 ter. 1 LO 4/2000). También en estas autorizaciones ha de tenerse en cuenta la situación nacional de empleo. La necesidad de mano de obra extranjera altamente cualificada depende, entre otros factores, del número de empresas o sectores que utilizan un tipo específico de trabajo. Como ejemplo, en la pasada década, el número de empresas que utilizaba determinadas tecnologías incrementó la demanda de ingenieros, por lo que las empresas de Tecnología de la Información (TIC) necesitaron para poder afrontar el futuro, cerca de 10.000 trabajadores altamente cualificados y con experiencia³⁹⁷.

En los tiempos que vivimos de pandemia sanitaria por la Covid-19 la demanda de personal sanitario para hacer frente al déficit de personal especializado es un ejemplo de demanda de un tipo específico de trabajo. Actualmente, los procedimientos y condiciones para la expedición de estos visados se encuentran en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. El visado para profesionales altamente cualificados (PAC) es un permiso de residencia que permite a los ciudadanos de fuera de la Unión Europea vivir y trabajar de forma legal en España, asumiendo que lo harán en un puesto directivo o de alta cualificación. Este permiso de residencia, regulado por el artículo 71 de la mencionada Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores en España³⁹⁸, proporciona a las personas anteriormente mencionados una autorización de residencia de 2 años, renovable sucesivamente por períodos de 2 años. En cuanto al tema de la homologación de títulos universitarios extranjeros para poder acreditar la alta cualificación, el proceso es, en general, largo y pesado por eso se

aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados, el informe de integración de la Comunidad Autónoma del lugar de residencia, en el que conste la participación en acciones formativas y el conocimiento de las lenguas oficiales.

³⁹⁷ GONZÁLEZ DE AGUILAR, Carmen y VALBUENA REYERO, Rosario, “Inmigración altamente cualificada: mercado y regulación: Una revisión del caso español”, *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011, p. 87. En <https://core.ac.uk/download/pdf/234793444.pdf>

³⁹⁸ El artículo 71 se refiere a los profesionales altamente cualificados, que podrán obtener una autorización de residencia para profesionales altamente cualificados, con validez en todo el territorio nacional. Son aptas para solicitarlo, las empresas que requieran la incorporación en territorio español de profesionales extranjeros para el desarrollo de una relación laboral o profesional, según supuestos en el propio art. en mención.

crítica que “Desde un punto de vista económico, la certificación de seguridad, que implica la homologación, es en realidad un coste adicional, al retrasar la contratación de profesionales que pueden prestar bienes y servicios necesarios para la sociedad. Esto está muy claro en el caso de los médicos”³⁹⁹.

4.5.3. Los contingentes para extranjeros: otra forma de contratación colectiva en origen

El contingente de trabajadores extranjeros es un mecanismo de gestión colectiva de la contratación de trabajadores extranjeros en origen, que surge del cálculo estimatorio que hace el Estado de la mano de obra extranjera necesaria para poder cubrir las ofertas de empleo imposible de ser asistido por el mercado de empleo nacional, tanto de trabajadores españoles, comunitarios y extranjeros residentes⁴⁰⁰. Esto es parte de una política de inmigración que diseña el país receptor, de acuerdo a sus necesidades e intereses y en respuesta a su mercado laboral, en contraposición a la inicial única vía de entrada al mercado nacional español de empleo para los extranjeros, que era la entrada de forma individual de trabajadores mediante la solicitud de un permiso de trabajo, dirigida a la Administración que valoraba concederla o no, según la situación nacional de empleo.

Haciendo un poco de historia, el Gobierno elaboró, cinco años después de la Ley de Extranjería 7/1985, el informe titulado “Situación de los extranjeros en España: líneas de política española de extranjería” en el año 1990. Este informe sería el embrión de los fundamentos de una política de inmigración en sentido amplio: se trataba de una comunicación del Gobierno socialista al Congreso de los Diputados, aprobada en forma de proposición no de ley el 9 de abril de 1991, constituyendo la primera declaración institucional sobre la filosofía que debería regir una política de inmigración española en sentido amplio⁴⁰¹.

Una de las medidas de esa política de inmigración era sanear la situación irregular de muchos extranjeros en España que empezaba a hacerse notorio, a través de las regularizaciones masivas durante los años 1991, 1996, 2000, 2001 y 2005, llamándose

³⁹⁹ GONZÁLEZ DE AGUILAR, Carmen y VALBUENA REYERO, Rosario, “Inmigración altamente cualificada: mercado y regulación: Una revisión del caso español”, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁰⁰ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén, “La gestión colectiva de contratación en origen. La protección y defensa de la inmigración necesaria: Sentido y alcance de una inmigración económico-laboral ordenada”, en *Protección Jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Monereo Pérez, J. L. (dir.), Comares, Granada, 2010, p.179.

⁴⁰¹ Negociado de Inmigración, Área de Acción Social. Ayuntamiento de Bilbao, *Análisis del marco competencial municipal sobre inmigración*, marzo 2007, pp. 5-6.

este último, “proceso de normalización”. Junto a este sistema de regularización se articuló otro mecanismo, el denominado sistema de cupos o contingente anual de autorizaciones para trabajadores extranjeros. La política de cupos se puso en marcha en 1993⁴⁰², desarrollándose en años sucesivos hasta 1999 y sirviendo en realidad para regularizar a muchas personas inmigrantes extranjeras que se encontraban en situación irregular. Este sistema nació en su día por decisión política, se revistió de soporte jurídico el año 1996, cuando a través del RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 en su artículo 70, previó la posibilidad de establecer un contingente de mano de obra extranjera. A partir de 2002 se produce un profundo cambio en esta figura, pasando a convertirse en un contingente puro, lo cual determina la imposibilidad de contratar a través de él a personas que están ya en España⁴⁰³.

La LO 4/2000 fue la primera ley que reguló en España el contingente de trabajadores extranjeros con el objetivo de convertirlo en un sistema válido para las contrataciones en origen, pasando a denominarse “gestión colectiva de contrataciones en origen” a partir de su reforma por LO 2/2009, ya que anteriormente se había alterado su función, convirtiéndose en una regularización encubierta de extranjeros en situación irregular en España.

El artículo 39 LO 4/2000⁴⁰⁴ dictamina en su apartado 1 que el Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado. En concreto, la gestión colectiva de contrataciones en origen permitirá, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, la contratación

⁴⁰² A través de una resolución de 4 de abril de 1993, que dispuso la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de mayo de 1993, por el que se estableció un cupo de autorizaciones de 20.600 trabajadores inmigrantes y otra Resolución de 14 de junio de 1993 por la que se dictaron instrucciones generales y de procedimiento sobre determinación de un contingente de autorizaciones para trabajadores extranjeros.

⁴⁰³ *Análisis del marco competencial municipal sobre inmigración*, Negociado de Inmigración, Área de Acción Social. Ayuntamiento de Bilbao, marzo 2007, pp. 5-6 (Disponible en file:///C:/Users/Pc/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/2.pdf)

⁴⁰⁴ Sobre la cuestión, PUERTA VÍLCHEZ, Juan Manuel, “El contingente de trabajadores extranjeros”, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Mercedes Moya Escudero (coord.), 2001, pp. 377-390 y IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Algunas consideraciones sobre el contingente de trabajadores extranjeros a la luz del nuevo Reglamento de extranjería”, en *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, Alonso Burón, J.C. y Sánchez-Rodas Navarro, C. (coords.), 2005, pp. 91-114.

programada de trabajadores que no se hallen ni residan en España seleccionados en sus países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios. El Ministerio de Trabajo e Inmigración establecerá los supuestos en los que también será posible tramitar ofertas nominativas.

Además, enfatiza que sólo tendrán acceso a este sistema aquellos que no se hallen o residan en España. El contenido de la contratación en origen puede ser triple: 1) ofertas de empleo de carácter estable; 2) ofertas de empleo de carácter temporal o 3) visados de búsqueda de empleo.

Esta vía de entrada al mercado laboral español ha dado respuesta, sobre todo, al progresivo aumento de necesidad de fuerza de trabajo existente en sectores productivos muy intensivos y caracterizados por una elevada estacionalidad, como la agricultura⁴⁰⁵ y la hostelería. En los años de crisis iniciada en 2008, se produjo una importante interrupción en la recepción de trabajadores por este tipo de migraciones circulares a través de los programas públicos de gestión colectiva, “debido a que la Orden Ministerial ESS 1/2012 que los regulaba fue prorrogada en años sucesivos, restringida únicamente a campañas agrícolas de temporada, hasta finales de 2018”⁴⁰⁶. Es interesante recalcar que, a través de la gestión colectiva de contrataciones de origen, en 2017 se dio un importante repunte de autorizaciones, un 96 por 100 de las cuales se concentraron en mujeres africanas en Andalucía⁴⁰⁷. Este dato no hace más que verificar la situación de vulneración de derechos laborales de miles de mujeres marroquíes que trabajan en los invernaderos de la fresa de Huelva, desde el año 2006 -en años anteriores las mujeres extranjeras que conformaban estos contingentes procedían de Polonia, Rumanía y Bulgaria-, situación que ha sido denunciada por diferentes entidades del tercer sector, en los dos últimos años.

De hecho, el contexto de pandemia en el que se redactan estas líneas ha traído a primera línea informativa, la problemática situación laboral de los inmigrantes temporeros agrarios, tanto Europa como en España. El Gobierno alemán, en marzo, iniciada la pandemia, estudió ofrecer trabajo en el campo a peticionarios de asilo aún no integrados en el mercado laboral, ante la falta de temporeros extranjeros derivada de cierre de

⁴⁰⁵ Consejo Económico y Social, Informe 02|2019 *la Inmigración en España: efectos y oportunidades*, Madrid, 2019, p.97.

⁴⁰⁶ *Ídem.*

⁴⁰⁷ *Ídem.*

fronteras por la Covid-19 y la necesidad de salvar la cosecha⁴⁰⁸. Por su parte, el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación en España también dio muestras de alarma ante los problemas en la oferta de temporeros para la campaña de los frutos rojos (fresa o bayas) o el de fruta de hueso, cuya recolección se da en verano. Ante esta situación la Comisión comunicó Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores (2020/C 102 I/03). La crisis del Covid-19 ha llevado a la adopción de medidas sin precedentes en todos los Estados miembros de la UE⁴⁰⁹, en aras de proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales. Dichas Directrices invitan a los Estados miembros a adoptar medidas específicas que garanticen un enfoque coordinado a escala de la UE, en lo que se refiere a los trabajadores que realizan actividades relacionadas con los servicios esenciales, en los que se encuentra la agricultura y en la que se insertan laboralmente trabajadores extranjeros, incluso extracomunitarios. La Comisión insta a los Estados miembros a establecer procedimientos específicos para garantizar un paso fluido a estos trabajadores, y asimismo hará uso del Comité Técnico de Libre Circulación de los Trabajadores para determinar cuáles son las mejores prácticas que pueden ampliarse a todos los Estados miembros a fin de que estos trabajadores puedan ejercer sus ocupaciones sin encontrar obstáculos injustificados. A nivel estatal también el gobierno español dictó normativa al respecto⁴¹⁰, con la finalidad de poder paliar la situación de crisis sobre el empleo y la actividad productiva que los efectos de la pandemia causan. Esta norma, de carácter socio-laboral y económico, pretende hacer frente a la situación de necesidad de mano de obra en la recogida de productos agrícolas y su objetivo es

⁴⁰⁸ Numerosos medios de comunicación se hicieron eco de la noticia sobre la exclusión de los temporeros agrícolas de las restricciones de viajes por el coronavirus en la UE. Sin ánimo exhaustivo, ABC, “Los temporeros agrícolas de terceros países excluidos de las restricciones en las fronteras europeas, 20 de marzo de 2020; EuropaPress, “Bruselas excluye a los temporeros agrícolas de las restricciones de viajes por el coronavirus”, 30 de marzo de 2020; Levante, “La UE excluye a los temporeros agrícolas de las restricciones de viajes por el coronavirus”, de 30 de marzo, de 2020.

⁴⁰⁹ Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores (2020/C 102 I/03) La crisis de la Covid-19 ha llevado a la adopción de medidas sin precedentes en todos los Estados miembros de la UE, entre ellas la reintroducción de controles en sus fronteras interiores. En las Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales se han expuesto los principios de un enfoque integrado para la gestión eficaz de las fronteras, a fin de proteger la salud pública al tiempo que se preserve la integridad del mercado interior. De acuerdo con el punto 23 de las Directrices, los Estados miembros deben permitir y facilitar el cruce de fronteras por parte de los trabajadores fronterizos, especialmente, aunque no exclusivamente, de quienes trabajan en el sector de la salud y la alimentación, y otros servicios esenciales (por ejemplo, el cuidado de niños, la atención a las personas mayores, el personal crítico de los servicios públicos) para garantizar la continuidad de la actividad profesional.

⁴¹⁰ Real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario.

favorecer la contratación temporal de trabajadores en el sector agrario mediante el establecimiento de medidas extraordinarias de flexibilización del empleo, de carácter social y laboral, que aseguren el mantenimiento de la actividad agraria, dentro de un periodo que va desde entrada en vigor del Real Decreto-Ley 13/2020, el 9 de abril del 2020 hasta el 30 de junio de 2020. Lo destacable de este Real Decreto-Ley para nuestro estudio es los beneficiarios de la llamada flexibilización, ya que incluye a trabajadores migrantes cuyo permiso de trabajo concluya en el periodo comprendido entre el 14 de marzo y el 30 de junio de 2020 y a jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años. La redacción definitiva del Real Decreto-Ley 13/2020 excluyó a colectivos que inicialmente el borrador de la norma si comprendía. De este modo se excluyeron como beneficiarios, a extranjeros en situación irregular en trámite administrativo de regularización, y a los solicitantes de asilo cuya petición se realizó en un plazo inferior a seis meses de la entrada en vigor del Real decreto-ley y que por tanto carecen de permiso de trabajo. La regularización de todos aquellos extranjeros en situación irregular en España podría haber sido una medida valiente y realista que además hubiera dado solución a la cobertura de todos aquellos puestos de trabajo ofertados. Esta pandemia también ha sacado a relucir -porque ya era conocido por las autoridades y la sociedad en general- la realidad que viven los trabajadores temporeros, especialmente los trabajadores extranjeros, quienes realizan su actividad laboral en medio de unas condiciones de precariedad y salubridad alarmantes, donde sus más básicos derechos humanos se ven vulnerados a diario, como ya había podido constatar el Relator de la ONU sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Olivier De Schutter, quien visitó los campos de España en febrero de 2020, justo antes de la pandemia y que se mantuvieron durante meses después cuando, de manera formal, se dirigió al Gobierno español para solicitarle aclaraciones sobre la desprotección de los temporeros agrícolas⁴¹¹. Desigualdad, exclusión y vulnerabilidad. Sin derechos, sin dignidad a pesar de contar con un puesto de trabajo. Los temporeros extranjeros viven en chabolas, hacinadas unas con otras en descampados, que son construidas por los propios trabajadores con los materiales que genera la actividad agrícola, palés de madera, plástico de los invernaderos y cartón, que pueden arder con facilidad. Sobre esto un estudio específico sobre el alojamiento para trabajadores extranjeros agrícolas extranjeros, que escribe la autora puede valer para

⁴¹¹Agronegocios, “Covid-19: La ONU pide aclaraciones al Gobierno sobre la desprotección total de temporeros agrícolas migrantes”, 27 de junio de 2020.

toda la geografía nacional, “El alojamiento para trabajadores extranjeros contratados en origen (...) constituye una reserva de mano de obra destinada a auxiliar un sector económico del que han desertado aquellos cuyas cotas de libertad son superiores debido a su mayor poder social”⁴¹².

Las ofertas de empleo de carácter estable tendrán una duración mínima de un año; y en la Orden Ministerial que las publique establecerá el número de puestos y de ocupaciones que podrán ser cubiertos por los trabajadores extranjeros. Las ofertas de empleo de carácter temporal servirán para la realización de actividades de temporada y campaña o de obra o servicio. Cuando finalice la relación laboral, los trabajadores seleccionados para actividades de carácter temporal deberán retornar a su país. Finalmente, por Orden Ministerial también puede establecerse un número determinado de visados para la búsqueda de empleo, que permiten el desplazamiento de extranjeros a España para buscar trabajo durante un periodo de estancia de tres meses. Los visados para la búsqueda de empleo son de dos tipos. Unos visados dirigidos a hijos o nietos de español de origen que están exentos de la valoración de la situación nacional de empleo y sus titulares podrán buscar empleo en cualquier ámbito geográfico y para cualquier ocupación. Y un segundo tipo de visados para la búsqueda de empleo limitados a determinadas ocupaciones y ámbitos geográficos, estos visados se destinan a la búsqueda de empleo en aquellos puestos de trabajo considerados de difícil cobertura y se aprobarán cuando las circunstancias del mercado laboral aconsejen su uso. El trabajador titular de este visado deberá buscar empleo en la ocupación y ámbito geográfico para el que se haya previsto la concesión de la autorización.

La previsión de visados tendrá en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y será adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración⁴¹³.

⁴¹² ACHÓN RODRÍGUEZ, Olga, “Alojamientos para trabajadores agrícolas extranjeros contratados en origen y privación de libertades. El uso del sistema de alojamiento propuesto por el Sindicato Agrícola Unió de Pagesos en la Comarca del Segrià (Lleida)”, p. 534, *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Ortega Pérez, N. y Guillén López, E. (coords.), Comares, Granada, 2011, p. 534.

⁴¹³ MONTILLA MARTOS, José Antonio y RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, “Las normas generales del Estado en materia de inmigración en el año 2012”, en *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012*, CIDOB, 2013, p. 207.

Finalmente, el artículo 39.3 LO 4/2000 determina que las ofertas de empleo realizadas a través de este procedimiento se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

Puede hacerse un seguimiento muy exacto del impacto de las crisis económicas en el mercado laboral a través el estudio de estos contingentes⁴¹⁴. Los procesos de gestión colectiva de contrataciones en origen se iniciaron en 2002 y se han ido sucediendo a lo largo de los años. El año 2012 marca un punto de inflexión ya que, a raíz de la crisis económica, no se han establecido ni ocupaciones ni empleos de carácter estable para extranjeros que no se hallen ni residan en España. En esta fecha también el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura quedó restringido a mínimos en lo que se ha venido a denominar como “contingente cero” que son ocupaciones muy especializadas como las relacionadas con el mundo del deporte y algunas en el sector de la marina mercante⁴¹⁵. En un nuevo hito el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en 2018 se aprobó la Orden TMS/1426/2018, de 26 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2019. Una nueva orden de gestión colectiva de contrataciones en origen con la que se superaron las limitaciones que, desde el año 2012, se habían impuesto a este instrumento. De esta forma, durante 2019 la orden reguló las particularidades procedimentales de la contratación temporal de trabajadores, sin encontrarse limitada a actividades de temporada para campañas agrícolas, y posibilitó el desarrollo de un proyecto piloto de visados de búsqueda de empleo para hijos o nietos de español de origen con Argentina. Sin embargo, esta novedad no ha tenido continuidad en el tiempo y la Orden TMS/1277/2019, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2020⁴¹⁶ no incluye contrataciones de puesto de trabajo de carácter estable.

4.5.4. El derecho al trabajo de los inmigrantes indocumentados

La prestación de trabajo por extranjeros que no tienen autorización de residencia y/o sin permiso de trabajo es una realidad bastante frecuente en nuestro país. Como

⁴¹⁴ Sobre las transformaciones sufridas por esta forma de acceso al mercado nacional de trabajo ligado a los vaivenes de la situación económica nacional véase el interesante análisis de FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén, “Los inmigrantes ante el mercado laboral español en tiempos de crisis”, *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 23, 2017, pp. 58 a 60.

⁴¹⁵ En esta dirección puede consultarse el Catálogo completo de ocupaciones de difícil cobertura del 2º trimestre de 2020.

⁴¹⁶ BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 2019.

veremos, la regulación actual protege hasta cierto punto al trabajador a quien reconoce algunos derechos por un trabajo que se ha prestado, aunque de forma irregular.

Los derechos de los extranjeros en las Constituciones españolas del siglo XIX eran contemplados desde una óptica netamente civil y mercantil, en contraste con la Constitución de 1978 que, en su artículo 13, da apertura a una nueva perspectiva al favorecer el disfrute de derechos constitucionales a los extranjeros. Pese a esto, el legislador de 1985 y de 2000, en lo que a las leyes de extranjería se refiere, ha tenido una visión rotundamente policial y represiva de la extranjería en perjuicio de la gestión de los flujos migratorios, así como de la integración socio-laboral de los inmigrantes⁴¹⁷. Ello contrastaba a inicios del presente siglo con un mercado laboral que contenía una alta demanda de mano de obra en sectores dependientes de la inmigración como son la agricultura, la construcción, la hostelería, el servicio doméstico, el cuidado de personas mayores, dependientes y niños. Se trata de ocupaciones y trabajos poco cualificados y de carácter manual, con jornadas de baja intensidad, menos de 30 horas semanales, o en caso contrario de alta dedicación muy por encima de las 50 horas semanales; además de una alta tasa de temporalidad, veinte puntos por encima de los españoles⁴¹⁸.

Conscientes de que el protagonismo del trabajo ya no es tal como lo conocíamos en años anteriores, puesto que “ha sufrido una suerte de metamorfosis y ya sea que esto obedezca a razones estructurales o tenga un carácter más limitado o cíclico, lo cierto es que hoy en día se plantean serias dudas sobre la continuidad del «modelo laboral que había servido de referencia a la constitucionalización del derecho social al trabajo», un modelo sustentado en la idea de estabilidad en el empleo, en una estructura de ingresos provenientes del trabajo, suficiente, duradera y creciente en el tiempo, sostenida y mejorada en algunos casos por el Estado del Bienestar”⁴¹⁹. Esto conduce a una notable diferenciación entre los trabajadores estables, respaldados por un convenio colectivo y sindicados y los trabajadores carentes de todas las características mencionadas, abandonados a su suerte, a disposición de la economía sumergida; a lo que se agrega el proceso de globalización que fragmenta aún más a los colectivos de trabajadores estables, menos estables y más precarios, entre los que se encuentran los trabajadores

⁴¹⁷ SOLER SÁNCHEZ, Margarita, “Las limitaciones del Derecho como solución a los nuevos retos de las migraciones”, en *Sociedad Civil e Inmigración*, Mayol, V. (coord.), Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, 2003, pp. 195-196.

⁴¹⁸ IZQUIERDO ESCRIBANO, Antonio, “Mercado laboral e inmigración”, en *Sociedad Civil e Inmigración*, Garrido Mayol, V. (coord.), Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, 2003, p. 93.

⁴¹⁹ URIARTE TORREALDAY, Roberto, “El Derecho al Trabajo y los Extranjeros Irregulares”, *op. cit.*, p. 263.

extranjeros en situación administrativa irregular, es decir, que carecen de un permiso de trabajo.

Son severos los riesgos a los que se enfrentan los inmigrantes indocumentados. Se trata de unos escollos que presentan retos jurídicos en términos de la real universalidad de los derechos humanos al ser analizados desde el punto de vista del estatuto de los inmigrantes indocumentados. Existe una desprotección de estas personas que ha crecido debido a la crisis económica de los últimos 10 años en Europa y en España y al aumento de los flujos de movilidad humana y el endurecimiento de la normativa migratoria, ya que son estos, los trabajadores extranjeros en situación irregular, los que conforman el colectivo con menor protección jurídica dentro del conjunto de los trabajadores.

Para lo que atañe a este punto que tratamos, se entiende por trabajador inmigrante irregular⁴²⁰ la persona carente de algún tipo de autorización, esto es, pueden carecer de un permiso de residencia y de trabajo que le autorice a permanecer y/o trabajar en el país de destino o solo carecer del permiso de trabajo. Para llegar a la situación de indocumentado, un extranjero puede haber fallado en su solicitud de asilo, haber sobrepasado el tiempo de su visado que le permitía una estancia en el territorio, que haya entrado de forma irregular en el país de destino o que le haya sobrevenido la situación de irregular, entendiéndose como irregularidad sobrevenida el concepto asociado a la crisis económica, en el que a muchas personas se les dificulta renovar sus permisos de residencia y trabajo por falta de continuidad en los contratos o porque no pueden aportar el mínimo exigido a la Seguridad Social. Esto es lo que ha sucedido durante la

⁴²⁰ La expresión “trabajadores inmigrantes irregulares” abarca situaciones muy diferentes que tienen como denominador común la ausencia de autorización para trabajar. En un listado exhaustivo, la normativa determina que se encuentran en esta situación: a) los trabajadores extranjeros que ejercen una actividad laboral sin contar con la correspondiente autorización de trabajo porque han entrado en territorio español con una mera finalidad de estancia o residencia (por ejemplo, han entrado con un visado de tránsito o un visado de estancia o con una autorización de residencia temporal) y, en consecuencia, no han iniciado los trámites administrativos fijados legalmente en su país de origen; b) los trabajadores extranjeros que hayan obtenido autorización de trabajo para un determinado sector geográfico o una concreta actividad y prestan servicios en un lugar o actividad diferente del autorizado; c) los trabajadores extranjeros que no obtengan la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicialmente concedida; d) los trabajadores extranjeros que cuentan con una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada y que concluida la relación laboral no retornan a su país de origen y comienzan a prestar servicios para otro empresario sin contar, en consecuencia, con la correspondiente autorización; e) los trabajadores extranjeros que acceden al territorio español con un visado para búsqueda de empleo y que, transcurrido el plazo de estancia de tres meses sin haber obtenido un contrato de trabajo, permanecen en territorio nacional; f) los extranjeros que entran en territorio español con un visado de estudios y que finalizado o no el curso para el que se matricularon o, en su caso, el trabajo de investigación correspondiente, permanecen en territorio español prestando servicios para un empresario. Seguimos a AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, *op. cit.*, pp. 175-195.

pandemia del coronavirus este año 2020, donde un sinnúmero de trabajadores extranjeros, han perdido su puesto de trabajo por las medidas de confinamiento, no han podido cotizar a la Seguridad Social y por consiguiente no han podido renovar sus permisos de trabajo.

Como hemos apuntado más arriba, el masivo brote del coronavirus a nivel mundial fue una circunstancia tan repentina que encontró desprevenidos a todos los gobiernos. Fue necesaria una rápida actuación en cuanto a toma de decisiones políticas como de creación de planes de acción para la protección de la salud, pero a su vez planes para los llamados trabajadores esenciales dentro de los que se encuentra una gran mayoría de trabajadores extranjeros.

Dentro de estos trabajadores esenciales están los sanitarios que, junto a los agricultores, han estado y están en primera línea durante la pandemia. Pese al contexto de emergencia sanitaria, existen leyes y procedimientos burocráticos que continúan excluyendo a las personas extranjeras, específicamente sanitarios extranjeros, que podrían sustituir al porcentaje de sanitarios contagiados en el punto más álgido de la pandemia -cerca del 17,5% del total de la población contagiada en España-, o dar un apoyo ante la falta de personal por la creciente necesidad de atención sanitaria.

Estas personas migrantes tienen a menudo años de formación y experiencia sanitaria en sus países de origen, pero no pueden ejercer su profesión en España por encontrarse en algún proceso de regularización administrativa u homologación profesional. En su artículo 127, la LO 4/2000 prevé la regularización extraordinaria en función del interés público. Este mecanismo parecía que lo implantaría el Gobierno español al principio del estado de alarma para reclutar a personas migrantes sanitarias sin regularizar. Pero esos planes no se han materializado ni se llegaron a comunicar con transparencia a la opinión pública. La única medida excepcional impulsada en estado de alarma por el Gobierno español ha sido acelerar los permisos de trabajo de más de 300 personas migrantes sanitarias en situación regular —que ya tenían solicitud de residencia y trabajo— y la homologación de más de 600 títulos a personal sanitario extranjero regular. Diversidad de casos, de personas extranjeras con formación sanitaria, título en medicina homologado en España, pero sin permiso de residencia ni de trabajo, que no pueden prestar su mano de obra ahora cuando más lo necesita España. Seis meses después del inicio de la pandemia, la respuesta del gobierno de España ha sido la aprobación de un Real Decreto-Ley de medidas que permiten a las comunidades

autónomas y al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA)⁴²¹ la contratación excepcional de personal facultativo y no facultativo para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19. En dicha norma se recoge la posibilidad de que se pueda contratar a aquellos profesionales que, cuentan con el grado, licenciatura o diplomatura correspondiente, pero carecen del título de especialista reconocido en España, para realizar funciones propias de una especialidad. Por lo tanto, se podrá contratar, a quienes hayan realizado las pruebas selectivas de formación sanitaria especializada en la convocatoria 2019/2020, que han superado la puntuación mínima pero no han resultado adjudicatarios de plaza. Igualmente, se podrá contratar a los profesionales sanitarios que cuenten con un título de especialista obtenido en un Estado no miembro de la Unión Europea, siempre que el Comité de Evaluación haya emitido el informe-propuesta regulado en el artículo art. 8.b), c) o d) del Real Decreto 459/2010, de 16 de abril. Está recogido también en el texto normativo que el contrato que se suscriba permitirá el desempeño de la actividad asistencial y podrá prolongarse hasta doce meses prorrogables por sucesivos períodos de tres meses. A su vez, el periodo de servicios prestados será tenido en cuenta para el reconocimiento de efectos profesionales del título de especialista.

Dejando al margen este régimen provisional y transitorio, desde un punto de vista laboral, también es importante la situación del extranjero que se encuentra en nuestro país con autorización de residencia, pero carece de un permiso de trabajo y, sin embargo, sí que presta servicios. Aunque aún no está permitida en el ordenamiento español la prestación de servicios por parte de un extranjero en situación administrativa irregular, ésta produce determinados efectos como si el contrato fuera válido, lo cual es una de las novedades destacables de la Ley de Extranjería tras su reforma por LO 2/2009⁴²². Así, existen criterios judiciales implantados por los Tribunales que protegen al extranjero en caso de impago de salarios o en cuanto se produce la extinción de la relación laboral.

⁴²¹ Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19

⁴²² Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social dispone en el art. 36.5: "la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las 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 derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles en su situación (...)".

Haciendo un poco de historia, con la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en su artículo 15.1, se interpretó que el vínculo laboral celebrado por extranjero sin consentimiento administrativo debía ser calificado como nulo⁴²³, bajo el argumento de que “un contrato sin permiso de trabajo era un negocio jurídico concluido contra prohibición expresa de la ley y, por ello, merecedor de la calificación de nulo por aplicación de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, sin perjuicio de que el trabajador, por aplicación del artículo 9.2 ET, tuviera derecho a requerir los salarios correspondientes a la prestación efectivamente desempeñada”⁴²⁴. Esta teoría de la nulidad contractual era perniciosa puesto que provocaba en la práctica que el empresario se beneficiara de la situación de irregularidad que él mismo promovía.

El carácter de *ius cogens* de la LO 4/2000 impide y sanciona en vía administrativa el hecho de que un trabajador extranjero en situación irregular preste servicios laborales, sin la preceptiva autorización de residencia y trabajo, es decir, sin poseer la TIE (tarjeta de Identidad de Extranjero)⁴²⁵.

Pero el legislador no está ajeno a esta realidad social en la que el sometimiento del trabajador a las prácticas abusivas del empleador conduce a sanciones administrativas insuficientes para contrarrestarlas. La sensibilidad legislativa está demostrada en el artículo 36.5 LO 4/2000 que reconoce al trabajador extranjero, a pesar de la situación administrativa irregular en la que se encuentra, determinados derechos laborales situándolo en una esfera de protección jurídica y social. Concretamente, establece que “la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las 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 derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación”.

⁴²³ Entre muchas, SSTS 23 febrero, 10 marzo 1983, 28 abril 1986 y 21 marzo 1997.

⁴²⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, “La protección laboral de los trabajadores extranjeros en situación irregular, criterios jurisprudenciales en torno al salario y los despidos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2, 2017.

⁴²⁵ MONTOYA MEDINA, David, “El despido del trabajador extranjero en situación irregular”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 184, 2016, p. 30.

Por tanto, es obligado concluir, siguiendo la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁴²⁶ que, si bien el contrato de trabajo del extranjero sin la preceptiva autorización, está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley (art. 7.1 ET, en relación con el art. 36.1 LO 4/2000), sin embargo, la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado.

Este posicionamiento de la LO 4/2000 a favor de reconocer los derechos derivados del contrato de trabajo, así como las prestaciones de la seguridad social confirma la desigualdad de condiciones en que se encuentran ambas partes del contrato: exigencia de responsabilidades al empleador y mantenimiento de derechos del trabajador extranjero. De este modo se persigue una doble finalidad: en primer lugar, la protección del extranjero en situación irregular en cuanto trabajador y, en segundo término, imputar las consecuencias negativas de la situación irregular al empleador que contrata indebidamente a un trabajador no regularizado.

Estos objetivos encajan en el reconocimiento de un marco jurídico protector de los inmigrantes, especialmente los indocumentados, que se enfrentan a situaciones de vulnerabilidad e inseguridad a diario y que tienen grandes dificultades para hacer valer sus derechos. La fragilidad de los puestos laborales que ocupan –habitualmente, debido a la falta de documentación, los inmigrantes irregulares suelen prestar servicios en puestos de trabajo poco cualificados, que hemos mencionado antes– unido a la preocupación de los Estados por controlar los flujos migratorios, mantener su soberanía en materia de inmigración y proteger la mano de obra nacional, deja en un segundo plano el paradigma universal de los derechos humanos que sostiene que todas las personas son iguales en dignidad y derechos y que, por tanto, no deben ser discriminadas.

A la vista de lo analizado, sabemos que la equiparación laboral del extranjero y el nacional se produce en el plano jurídico siempre que aquél cuente con las preceptivas autorizaciones para trabajar, pero incluso en estos casos, la necesidad de renovar periódicamente aquellos permisos lo colocan en una posición de debilidad y provocan que no siempre haga valer sus derechos. Si esta situación se produce en los casos de trabajadores inmigrantes regularizados, tanto más en los supuestos de extranjeros que trabajan al margen de la legalidad.

⁴²⁶ Por todas, SSTS, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2013 y de 21 de enero de 2010.

Lo cierto es que la existencia de economía sumergida en la que trabajan extranjeros en situación irregular es un fenómeno imposible de erradicar en su totalidad, pero con todo, los Estados mantienen un permanente esfuerzo por controlar la inmigración irregular y combatir la contratación ilegal por las repercusiones negativas que acarrea a largo plazo. De ahí que, en la práctica, se arbitren mecanismos que permiten a los Estados adoptar medidas de legalización de los inmigrantes que ya están en su territorio, medidas tales como las comentadas regularizaciones o procesos de normalización, o las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo social, laboral o familiar que consiste en conceder una autorización de residencia temporal y, en su caso, de trabajo si se demuestra un período mínimo de estancia irregular en España y la prestación de servicios durante otro período (artículo 31 LO 4/2000)⁴²⁷. Actualmente, el artículo 124 RD 557/2011 establece tres modalidades de autorización de residencia temporal por razones de arraigo: laboral, social y familiar. Y según el artículo 129 RD 557/2011, la concesión de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo – así como en el caso de autorización de residencia temporal por razones de protección internacional – “llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquélla, con excepción de la que se conceda a los menores de edad laboral, o en casos de exención del requisito de contar con contrato por contar con medios económicos que no deriven de la realización de una actividad por cuenta propia”. El extranjero también podrá solicitar una autorización de trabajo en el resto de supuestos de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin quedar sometido a la valoración de la situación nacional de empleo.

Partiendo de este escenario en que la solicitud de autorización de trabajo la debe hacer específicamente el empleador, dicho incumplimiento, es decir, la no solicitud, no puede ocasionar en el ámbito contractual una ventaja para el empresario o empleador en agravio del trabajador. Consecuentemente el contrato es totalmente válido y producirá efectos, no plenos, ya que algunas prerrogativas laborales, en la práctica, no será posible de ser ejercitadas por el trabajador en situación irregular, como el derecho a la ocupación efectiva o la readmisión en caso de despido declarado improcedente o nulo. Debe aclararse también cuáles son las consecuencias legales en términos de sanción al

⁴²⁷ El artículo 124 del RD 557/2011 especifica los requisitos para la concesión de la autorización de residencia por razones de arraigo laboral (apartado 1), arraigo social (apartado 2) y arraigo familiar (apartado 3).

empleador. Así, en virtud de lo establecido en los arts. 54-55 LO 4/2000, la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo constituye infracción calificada como muy grave, incurriendo el empresario en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados en dicha situación irregular, pudiendo ascender cada multa desde 6.001 euros hasta 60.000. Dicho importe se aumentará 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 de servicios del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación. Además, si bien el contrato de trabajo del extranjero concertado sin la preceptiva autorización está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley, como bien expuse más arriba, la propia ley salva la sanción de nulidad declarando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado, tal que procede el abono de la indemnización y los salarios de tramitación al trabajador extranjero no autorizado a trabajar que es despedido de forma improcedente, por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos que consagra la ley para cualquier trabajador⁴²⁸.

Sin perjuicio de ello, los arts. 55.6 LO 4/2000 y 245.5 del RD 557/2011 recogen como sanción accesoria la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años. Por su parte, los artículos 57.1 LO 4/2000 y 242 RD 557/2011 prevén como sanción alternativa a la multa, la expulsión del territorio español del empresario extranjero infractor.

Desde el punto de vista del trabajador, la conducta no es sancionable en el supuesto de poseer autorización de residencia, pero no de trabajo. El artículo 57.1 LO 4/2000 establece que la expulsión puede ser aplicable, entre otros supuestos, en el caso de no haber obtenido autorización de trabajo ni de residencia. El apartado 3 del mismo artículo, añade que no se podrán aplicar las sanciones de expulsión y multa de forma simultánea. (sentencia de 2020):

Con la entrada en vigor en enero de 2000 de la Ley 4/2000, los inmigrantes que se encontraban en España en situación irregular no podían ser expulsados, en tanto la ley restringía drásticamente las facultades de la Administración para expulsar inmigrantes al limitar los casos en que puede aplicarse esta medida y reforzar las garantías de los afectados en estos procedimientos. Los extranjeros que se encontraban irregularmente

⁴²⁸ STS de 21 de junio de 2011.

en territorio español, al no haber obtenido o tener caducada la prórroga de estancia, y quienes se encontraban trabajando sin autorización, pero disponiendo de permiso de residencia, no podían ser expulsados. Ambas infracciones, que motivaban la mayoría de las expulsiones, sólo podrían ser castigadas con multa de 50.000 a un millón de pesetas, según la Ley. No obstante, en la práctica se expulsaba a todos los extranjeros en situación irregular. Durante 20 años la tónica ha sido la expulsión, instaurándose para ello vuelos de deportación que devolvían extranjeros luego de una permanencia en un CIE (Centro de Internamiento para Extranjeros). Todo ello y pese a la rapidez y cotidianeidad con que se realiza una expulsión, la jurisprudencia avala la protección de la vida familiar en el procedimiento de expulsión de extranjeros. Existen diversas sentencias del Tribunal Constitucional vinculadas a la línea jurisprudencial abierta por el Alto Tribunal sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 CE en dichos procedimientos de expulsión, como se muestra a continuación: “La vulneración se produce en procedimientos en los que entre la presentación de la demanda y la fecha fijada para la vista transcurren dos años y seis meses (STC 74/2015), tres años (STC 87/2015) y dos años y tres meses (STC 88/2015). El Tribunal recuerda la relevancia de la resolución de expulsión por la afectación a un ámbito preferente de los derechos e intereses de la persona sobre la que recae al vincularse a la organización de su vida familiar y social que supone su permanencia en España”⁴²⁹. En el año 2015, la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, incorpora modificaciones en al menos tres ámbitos relevantes respecto a la expulsión: la expulsión sustitutiva de la pena, la trata de seres humanos y el tráfico de personas, aunque estos supuestos no se enmarcan en la apuntada tendencia restrictiva. Concretamente, “El sustitutivo puede aplicarse a los extranjeros en situación de regularidad administrativa y a los ciudadanos comunitarios si su actuación supone un atentado grave al orden público. También se introduce en el apartado 4º del art. 89 la protección frente a la expulsión por razones de arraigo personal si la expulsión fuese desproporcionada. Si se incumple la prohibición de entrada de 3 a 5 años impuesta el precepto permite una modulación de la pena a cumplir, en función del tiempo que el extranjero haya estado fuera del territorio nacional y de las circunstancias de su incumplimiento. Finalmente, entre los delitos a los que no será de aplicación esta sustitución del cumplimiento de la condena por la

⁴²⁹ MONTILLA MARTOS, José Antonio, BOZA MARTÍNEZ, Diego y otros, “Legislación, Jurisprudencia y Derecho de los Inmigrantes, *Anuario CIDOB de la inmigración 2015-2016*, p. 277.

expulsión del territorio nacional incluye el art. 177 bis, referido a la trata de seres humanos”⁴³⁰.

Una reciente sentencia del TJUE⁴³¹ impide a España expulsar inmigrantes solo por estar en situación irregular. El fallo obliga al Gobierno a aplicar la propia Ley de Extranjería española que impone multa en casos de estancia irregular y solo contempla la expulsión de extranjeros sin papeles cuando existan circunstancias agravantes. Según el criterio, marcado por la sentencia, solo afecta a las expulsiones que se ejecutan con extranjeros que ya están en España en situación irregular, y en ningún caso a las devoluciones, una figura administrativa distinta aplicada a aquellos que intentan entrar en territorio español en patera o cualquier otro medio. Solo en 2019 el gobierno logró expulsar a sus respectivos países de origen a 4.677 personas y devolver a 6.476⁴³².

Este viraje en la política migratoria española se debe a que, en octubre de 2020, el Tribunal Europeo se pronunció sobre la política de expulsiones de España, después de que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha planteara en 2019 una consulta prejudicial ante el recurso de un ciudadano colombiano residente en España al que, en enero de 2017, se le incoó un expediente de expulsión por no tener permiso de residencia en vigor desde hacía cuatro años. La consulta al TJUE consistía en si se debía aplicar la directiva de retorno de la UE de 2008, que permite a los estados miembros la expulsión sin más, o la Ley de Extranjería española que sanciona con una multa y solo permite la expulsión en casos graves.

El TJUE concluye en su fallo que, en el caso de España, debe prevalecer la normativa nacional, más favorable al inmigrante, por lo que solo puede expulsar a aquellos extranjeros, que además de estar en situación irregular, se ven envueltos en circunstancias agravantes.

4.5.5. Despido del trabajador extranjero en situación irregular

En este contexto se plantea cuál de las causas de extinción del contrato de trabajo, contenidas en el artículo 49.1 ET podría hipotéticamente justificar el despido del trabajador extranjero carente de la preceptiva autorización de residencia y trabajo. Junto a ello hemos de tener en cuenta que la irregularidad de la situación administrativa del

⁴³⁰ MONTILLA MARTOS, José Antonio, BOZA MARTÍNEZ, Diego y otros, “Legislación, Jurisprudencia y Derecho de los Inmigrantes”, op. cit., 285.

⁴³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala sexta, de 8 de octubre de 2020.

⁴³² Datos oficiales obtenidos a través del Portal de Transparencia.

trabajador hará inviable que se restablezca el vínculo laboral, en caso de impugnarse el despido, a través de su readmisión. Dos aspectos que han generado la producción de resoluciones judiciales en reconocimiento de derechos laborales de los extranjeros sin permiso de trabajo, en caso de despido, como la protección frente al impago de salarios, por una parte, y por otra, la reclamación frente a la extinción del contrato del trabajador extranjero indocumentado es lo que analizaremos en las siguientes líneas.

Estamos tratando una cuestión que propició un intenso debate en la doctrina académica y judicial, suscitado incluso antes de la actual LO 4/2000, en tanto estamos ante una situación de desamparo del trabajador por la decisión del empleador de poner fin a la relación laboral sin que exista causa alguna que lo justifique. Ante ello el trabajador tenía dos opciones, una es aquietarse ante la decisión empresarial y la otra es solicitar auxilio judicial. Esto último en reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, que según el artículo 20 LO 4/2000, tiene el trabajador extranjero con o sin autorización administrativa para trabajar, frente a tales actuaciones empresariales⁴³³. De este modo, se protegen los derechos del trabajador extranjero a fin de que pueda solicitar de su empresario el cumplimiento de cuantas obligaciones resultan inherentes a la prestación de servicios, contenidas en el artículo 1.1 ET, incluso las obligaciones derivadas de la extinción unilateral del contrato por parte del empleador.

En la STS del 21 de junio de 2011 – Sala de lo Social –, se plantea la cuestión de determinar si la demandante extranjera no comunitaria en situación irregular en España y sin permiso de trabajo tiene o no derecho a percibir salarios de tramitación como consecuencia del despido improcedente del que fue objeto. “Si los arts. 56.1.b) y 53.5 del ET y 110.1 y 113 de la Ley de Procedimiento Laboral⁴³⁴ (en adelante, LPL), establecen con claridad, en los casos de despidos improcedentes y algunos nulos, la condena al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, y el extranjero extracomunitario sin la pertinente autorización, pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley antes transcrita, no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación, es evidente que, en la medida en que tales salarios forman parte de la protección legal, tiene derecho a

⁴³³ Consultar, al respecto, SSTS 29 de septiembre de 2003, de 21 de junio de 2011 o de 17 de septiembre de 2013.

⁴³⁴ Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando nuestra legalidad, sobre todo si tenemos en cuenta la primordial naturaleza indemnizatoria de tales devengos.” (FJ 2).

Por otra parte, considerando que la autorización administrativa para poder trabajar que se exige a un extranjero no comunitario en España, es parte esencial del contrato, su pérdida posibilita al empleador que actuó de buena fe, a partir del instante en que tuvo conocimiento de la citada pérdida, resolver el contrato de trabajo, en aplicación del art. 49.1 apartado b) ET, “por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”, y no, según la Sala, por el apartado k) que hace referencia la extinción del contrato por despido del trabajador ⁴³⁵.

La extinción del contrato de una persona trabajadora extranjera motivada por la pérdida de la autorización para trabajar en España, no puede considerarse una causa de extinción válidamente consignada en el contrato, sino una causa objetiva legalmente establecida ⁴³⁶, correspondiéndole en el mismo momento de entregarle la carta de despido una indemnización de 20 días por año trabajado, y prorrateado por el tiempo inferior al año.

En lo que respecta a la prestación por desempleo de un trabajador extranjero en situación irregular, una vez ha dejado de trabajar por extinción de contrato por despido, encontramos que según lo dispuesto en la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, aun cuando, en virtud del art. 14.3 de dicha ley, todos los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, pueden acceder a las prestaciones sociales básicas, entre ellas no se incluyen las de desempleo, puesto que estas expresamente se mencionan en su art. 36.5 para señalar que «en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo», de lo que evidentemente se sigue que el tiempo trabajado en situación irregular tampoco puede ser tenido en cuenta a efectos prestacionales por desempleo ⁴³⁷.

Otro caso que merece comentar es el de una contratación irregular supuesta. Evidentemente la inserción socio-laboral de los extranjeros no depende exclusivamente de las políticas públicas activas, sino que también del empresariado, que en ocasiones

⁴³⁵ STSJ de Cataluña, de 1 de febrero de 2016.

⁴³⁶ STS 955/2016, de 16 de noviembre.

⁴³⁷ STS, Sala de lo Social, de 19 de diciembre de 2017.

no abusan de la precaria posición de los inmigrantes y actúan de manera solidaria. En este escenario, en la Comunidad Valenciana, la praxis judicial puede ilustrarse a través de algunas sentencias del Tribunal Superior de Justicia. Paso a referirme a la sentencia del 19 de junio de 2001 de la Sala contencioso-administrativa, sección 3ª, dictada en autos 3843/1997, que trae su causa del recurso contencioso-administrativo interpuesto por un empresario autónomo del campo en la provincia de Valencia al que se impuso en octubre de 1997, por el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, una sanción de 500.000 pesetas, a causa de una supuesta contratación irregular de extranjero por infracción de determinados preceptos de la anterior Ley de Extranjería, la Ley Orgánica 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en conexión con otras disposiciones de la entonces vigente Ley 8/1988 de infracciones y sanciones en el orden social⁴³⁸. La empresa de la que era titular el actor suscribió contrato con un ciudadano argelino, quien prestó sus servicios entre el 6 y el 9 de junio de 1995, teniendo el permiso de trabajo caducado desde el 17 de abril de 1995 y solicitando su renovación el 30 de junio de 1995, efectivamente, con posterioridad al inicio de la actividad en la empresa. En tal sentido, ante la inexistencia de contrato en la fecha de solicitud de renovación del permiso de trabajo –en ese entonces de tipo B-, la Dirección Provincial de Trabajo de Valencia desestimó la concesión del permiso. Con estas referencias, el resultado de la fiscalización jurisdiccional de la actuación administrativa fue favorable al actor, “por su buena fe⁴³⁹, en las que existe una gran dosis de solidaridad”⁴⁴⁰.

En otra sentencia en la que también se apreció ausencia de culpabilidad por parte de la empresa en relación con la contratación de un extranjero no comunitario, supuesto resuelto también por el TSJ de la Comunidad Valenciana, a través de la sentencia de 4 de febrero de 2000 (recurso núm. 3375/1996). En ella se declaró contraria a derecho la resolución del 7 de agosto de 1996 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales por la que se imponía sanción en materia de empleo de extranjeros por la suma de 500.001 pesetas, por supuesta infracción de los artículos 15, 25 y 28 de la Ley Orgánica de Extranjería de 1985 en conexión con el artículo 35.1 de la Ley 8/1988 de infracciones y

⁴³⁸ Derogada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁴³⁹ Resultan de recibo los argumentos de la parte actora quien sólo contrató al trabajador de origen argelino durante cuatro días, formalizando el respectivo contrato laboral y cotizando en julio a la Seguridad Social, según acredita con los modelos TC-1/8 del mes de junio de 1995. Es evidente la falta de intención del actor de producir una consecuencia contraria al ordenamiento jurídico.

⁴⁴⁰ JIMENA QUESADA, Luis, “El papel de la sociedad civil y de los poderes públicos en materia de inmigración” en *Sociedad Civil e Inmigración*, Garrido Mayol, V. (coord.), Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, 2003, p. 219.

sanciones en el orden social, sobre el asunto de que la empresa habría contratado a un trabajador extranjero no comunitario, de origen yugoslavo, que contaba solo con un permiso de trabajo para trabajar en una empresa determinada distinta de la sancionada. Al respecto el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo aprecia ausencia de culpabilidad (FJ 5)⁴⁴¹. Al respecto, la Sala contencioso-administrativa entiende que tales circunstancias no son atenuantes, son eximentes, dado que en la resolución administrativa recurrida “se parte de un inadmisibles concepto de responsabilidad objetiva”, que impide imputar al actor en cualquiera de las categorías de culpabilidad previstas en nuestro ordenamiento⁴⁴².

⁴⁴¹ Ausencia de culpabilidad que justifique la imposición de la sanción controvertida, a la vista de las circunstancias del caso y del informe del inspector actuante que decía “que es cierto que en el expediente concurren circunstancias atenuantes, en la medida en que se trata de un trabajador que fue dado de alta ante la Tesorería y por él se cotizó todo el período sin que la Tesorería pusiera reparo alguno y además concurren en él circunstancias de índole social y humanitaria susceptibles de tenerse en cuenta”.

⁴⁴² JIMENA QUESADA, Luis, “El papel de la sociedad civil y de los poderes públicos en materia de inmigración”, en *Sociedad Civil e Inmigración*, op. cit., p. 220.

CAPÍTULO 4. EFECTIVIDAD DE LA DIGNIDAD EN EL DERECHO AL TRABAJO

1. GARANTÍAS JUDICIALES EN EL DERECHO AL TRABAJO

Uno de los pilares esenciales de un Estado democrático de Derecho es el respeto de los derechos humanos y para ello, debe contar con un sistema de garantía de los mismos porque la experiencia ha demostrado que el mero reconocimiento constitucional de los derechos es una condición necesaria pero no suficiente para garantizar la eficacia de los mismos. Así, en las actuales Constituciones, se reconoce un amplio catálogo de derechos, pero es una regla general del régimen constitucional que esta declaración se complementa con un sistema de garantías que asegure su efectividad, ya que, “la efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento formal cuanto de la existencia de mecanismos jurídicos susceptibles de garantizar su eficacia real”.

En este sentido, los derechos reconocidos constitucionalmente pueden ser clasificados en atención a los niveles de protección que se les otorgue. En el caso de España, esta clasificación se deduce del artículo 53 CE que se refiere a las garantías de los derechos y determina tres tipos de derechos con tres niveles distintos de garantías. En el primer nivel tenemos derechos altamente protegidos que se encuentran en los artículos 14 al 29 de la Constitución Española. Su desarrollo normativo es por Ley orgánica, si se vieran conculcados en algún momento, se recurre ante los tribunales por el procedimiento del recurso de amparo ordinario o constitucional. En concreto, el artículo 53.2 CE determina que “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Lo deducible de la lectura del articulado antes mencionado, la tutela de los derechos fundamentales que deben dispensar los jueces y tribunales ordinarios no alcanza a todos los derechos recogidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución Española, se limita en exclusiva a los derechos recogidos en los artículos 14 al 30. No obstante cabe decir que la Constitución Española acota el ámbito mínimo del amparo judicial, pero no limita dicho ámbito. El artículo 53.2 CE no establece una lista cerrada de derechos

protegibles: delimita un ámbito mínimo de derechos con una protección judicial específica, pero no impide al legislador extender ese cauce procesal a otros derechos distintos de los enumerados en dicho artículo, es aquí donde cabe el derecho al trabajo.

Puesto que el derecho al trabajo se encuentra en un segundo nivel dentro del grupo de derechos y deberes de los ciudadanos (Capítulo I y Sección segunda del Capítulo II), podemos decir que posee un sistema de protección ordinario.

En lo que respecta a las garantías de los derechos de este nivel, acudimos a lo dispuesto en el artículo 53.1 CE que dice “que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a”.

Como norma general no existe un juez especial de los derechos fundamentales, sino que las leyes procesales han establecido procedimientos específicos a seguir en las acciones que denuncien vulneración de derechos fundamentales. La vía a seguir depende de la materia de que se trate según las reglas de reparto entre los distintos órdenes jurisdiccionales.

Comenzando por las garantías en el orden laboral o social, el artículo 117.5 CE establece el principio de unidad jurisdiccional, que es la base del funcionamiento de los tribunales por lo que esa facultad jurisdiccional es única. Sin embargo, en la práctica operan cuatro órdenes jurisdiccionales diferentes, dentro de los cuales se encuentra la jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social, que son los que directamente afectan a nuestra materia.

En los conflictos entre trabajadores y empresarios, trabajadores y sindicatos, empresarios y sindicatos, y sindicatos entre sí, el orden competente será el orden jurisdiccional social.

Si existiera un conflicto en materia de trabajo o de seguridad social, ya sea individual o colectivo, entre empresario y trabajador sobre el contrato de trabajo o referentes a prestaciones de la seguridad social entre el beneficiario y la Administración Pública, están sujetos al derecho laboral.

El proceso laboral viene regulado en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social que deroga a su antecesora, el Texto Refundido de la Ley de

Procedimiento Laboral. Tal como establece su Preámbulo, las relaciones laborales poseen una naturaleza singular que parte de la articulación de relaciones laborales a partir de desiguales posiciones negociadoras o la multiplicidad de formas en las que se sustentan esas relaciones. Esta norma desarrolla los mandatos constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica y los adapta a las particularidades de esta esfera del derecho afrontando una modernización del marco regulador del procedimiento laboral.

La Ley de Jurisdicción Social establece como requisito previo a la iniciación del procedimiento (salvo algunas excepciones) la celebración de un acto de conciliación previa entre el trabajador y el empresario. Dicho acto deberá solicitarse ante el servicio de mediación correspondiente que establezca cada Comunidad Autónoma. La solicitud de dicho acto suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción de la demanda correspondiente.

En los artículos 177 a 184 (Título II, capítulo XI “De la tutela de los derechos y libertades públicas”) se regula el proceso dirigido al conocimiento de la lesión de derechos fundamentales o libertades públicas en el que se legitima a cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, a “recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”. Además, sintéticamente, exige la intervención obligada del Ministerio Fiscal, se prohíbe la acumulación con acciones de otra naturaleza o idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del derecho o libertad lesionado, se declara la tramitación con carácter urgente y preferente, rige la regla del acto de conciliación previo, y la indemnización que fije la sentencia que declare la existencia de vulneración será compatible con la que, en su caso, pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo.

En cuanto a las garantías en el orden contencioso-administrativo, este ámbito solo resuelve los litigios entre trabajador y empleador cuando éste último es el Estado. En el caso de que sean particulares, los litigios sobre contrato de trabajo van al orden social.

Determinados comportamientos lesivos del derecho de libertad sindical constituyen infracciones administrativas laborales y son sancionadas por la vía administrativa sancionadora, actuación sancionadora que se halla legitimada en el artículo 25 CE que indica que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”. En el mismo sentido, los artículos 5 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS) tipifica las conductas lesivas del derecho de libertad sindical sancionables por la Administración. Se consideran infracciones muy graves, por ejemplo, actos que impidan el ejercicio del derecho de reunión de las secciones sindicales, los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores y las decisiones unilaterales discriminatorias del empresario. En cuanto a la actividad administrativa el orden competente para conocer de los recursos que contra la misma pueden interponerse es el orden contencioso-administrativo. Igualmente, cuando la pretensión verse sobre la impugnación de preceptos reglamentarios o actos de la Administración sujetos a derecho administrativo, será competente el mismo orden contencioso-administrativo.

En el ámbito penal, los tipos delictivos que tratan de tutelar los derechos de los trabajadores se encuentran en el Título XV (Delitos contra los derechos de los trabajadores) y en el Título XV bis (Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español (en adelante, CP). Son los artículos 311 a 318 bis CP que configuran el llamado Código Penal del Trabajo y señalan un tipo de conductas que agreden contra los derechos de los trabajadores y, por su gravedad, reciben un castigo penal. Además de estos preceptos que protegen bienes como la libertad en el trabajo, la igualdad en las relaciones laborales, la libertad sindical, el derecho de huelga o la salud e integridad física de los trabajadores, todavía puede localizarse algún otro precepto fuera de ambos Títulos que también regulan conductas que atentan contra intereses de los trabajadores. Es el caso del delito de declaración de concurso ilícito de empresas o sociedades, tipificado en el artículo 257 CP o el delito de defraudación a la Seguridad Social, tipificado en el artículo 307 CP. Entre las notas generales que comparten los delitos de explotación, social o laborales destaca muy especialmente que el carácter indisponible e

irrenunciable de los derechos laborales básicos condiciona la irrelevancia del consentimiento del trabajador, una nota fundamental cuando nos referimos a trabajadores extranjeros que, por la habitual situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, prestan su consentimiento a relaciones laborales con condiciones ilegales de trabajo.

Comenzando por el análisis de los delitos regulados en el Título XV, el Código Penal tipifica como delito algunas conductas que se producen con ocasión de la vulneración de derechos laborales de los trabajadores con carácter general. Se trata de las siguientes:

- El delito de imposición y mantenimiento de condiciones de trabajo o de Seguridad Social ilegales, en el artículo 311 CP.

Se trata de sancionar penalmente a quienes, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan unas condiciones de trabajo o de Seguridad social que violen, eliminen o limiten los derechos que les reconocen la normativa legal, los convenios colectivos o los contratos individuales (apartado 1) y a quienes den ocupación a una pluralidad de trabajadores simultáneamente sin comunicar su alta a la Seguridad Social o sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo. El número de afectados por esta acción empresarial ilícita varía en función del tamaño del centro de trabajo.

El legislador, conocedor de las prácticas fraudulentas en las que incurren algunos empresarios, ha previsto que también se aplique esta sanción a los que mantengan las condiciones anteriores en el supuesto de transmisión de empresas y que conozcan las actuaciones descritas (apartado 3). Se trata de castigar a quien, conociendo la ilegalidad no restablece las condiciones de trabajo a la legalidad.

Deseamos destacar que la imposición de condiciones ilegales se puede producir mediante engaño o abuso de necesidad, esto es, bien ocultando y variando la realidad con intención para que el trabajador crea que va a trabajar en unas condiciones que luego no se dan bien mediante el aprovechamiento de la situación de necesidad del trabajador, lo que supone un uso excesivo e indebido de la posición de prevalencia que tiene el empresario que se suma a la situación de precariedad en la que se encuentra el trabajador. Esta necesidad de empleo o precariedad es frecuente en el colectivo de extranjeros dado el contexto en el que se encuentran y el nivel de empleos a los que pueden optar, habitualmente las ocupaciones más bajas de la escala laboral en las que

son más fácilmente reemplazables y toleran condiciones no legales. También son frecuentes las informaciones sobre el tráfico de inmigrantes a los que engañan con promesas de trabajo en nuestro país que después no se concretan o que los abocan directamente a regímenes de esclavitud o semiesclavitud como suele darse en el ámbito de la prostitución.

- El delito de ocupación de extranjeros o menores sin permiso de trabajo, en el artículo 311 bis CP.

Este precepto tipifica la conducta ilegal de contratación reiterada de trabajadores sin permiso de trabajo por lo que exige que el sujeto pasivo sea extranjero no comunitario (apartado a) ya que la condición necesaria pero no suficiente de la comisión del delito es la ausencia de esa autorización o la minoría de edad de la persona empleada (apartado b).

Este tipo penal refuerza la protección de los trabajadores, especialmente los no nacionales, al sancionar la mera contratación de extranjeros sin permiso de trabajo sin otra condición a diferencia de lo que ocurre, como veremos, en el tipo del delito siguiente.

- El delito de tráfico ilegal de mano de obra que se recoge en el artículo 312 CP.

Este delito castiga a quienes trafiquen de manera ilegal con mano de obra y en su apartado segundo contempla el supuesto de reclutar personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo, ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Así, el artículo 312.2 CP exige que se produzcan dos conductas para completar el tipo: en primer lugar, contratar a una persona extranjera sin permiso de trabajo y, en segundo término, explotar bajo condiciones abusivas el desempeño de funciones laborales. En este delito debe darse una situación de explotación, engaño o abuso de una situación de necesidad.

- El delito de migraciones ilegales en el artículo 313 CP.

Este precepto castiga la intervención en migraciones ilegales tanto de entrada como de salida de España. Se trata de sancionar a quienes intervengan en movimientos de personas que tengan por objeto la colocación o empleo por cuenta ajena. No es necesario que exista una relación laboral entre el sujeto que comete el delito y la persona que migra sino se sancionan las acciones de a) favorecimiento o promoción del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España y b) la simulación de contratación mediante engaño que provoque la migración de la persona. La comisión de este delito es muy frecuente dado el aumento de inmigración en nuestro país durante las últimas décadas.

- El delito de discriminación laboral previsto en el artículo 314 CP.

Este precepto protege el derecho a la igualdad de los trabajadores y castiga las conductas que produzcan una grave discriminación en el trabajo contra una persona motivada “por su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español”. Para considerarse delito es necesario que el empresario persista en la discriminación –que se sanciona en vía administrativa– después de haber sido objeto de requerimiento o sanción en la mencionada vía y se trate de una discriminación grave.

- El delito contra la libertad sindical y el derecho de huelga previsto en el artículo 315 CP.

Este precepto castiga a "1... a los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga". En relación con la libertad de sindicación y el derecho de huelga, no existe ni en la Constitución ni, por lo que respecta a la primera, en la LOLS, limitaciones al ejercicio de ambos derechos de los extranjeros por lo que pueden convertirse en sujeto pasivo de la acción ilegal.

- El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo recogido en los artículos 316 y 317 CP.

Estos preceptos sancionan a quienes “con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e

higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física”. Se trata de una omisión del cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene que determina la normativa de prevención de riesgos laborales siempre que se ponga en peligro grave a determinados trabajadores. Cuando el delito se comete de forma imprudente, no de forma intencional o maliciosa, se aplica una pena inferior en grado según dispone el artículo 317.

El artículo 318 CP se refiere a los delitos reflejados en los artículos anteriores cuando se atribuyeran a personas jurídicas. En estos casos, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello.

El Título XV bis de los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” fue introducido por LO 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y está integrado por un precepto, el artículo 318 bis⁴⁴³. La última modificación se produjo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que

⁴⁴³ Art. 318 bis CP: “1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior. 2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. 3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves. 4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. 5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. 6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.” [Redactado por el número ciento setenta del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo)].

adaptó la legislación española a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país y a la normativa vigente en la Unión Europea⁴⁴⁴.

La introducción de este Título fue la respuesta del Estado para aumentar la protección de los derechos de los inmigrantes irregulares ante el crecimiento de la inmigración clandestina en nuestro país y el aprovechamiento que las mafias obtenían con ese movimiento.

Según la doctrina penalista⁴⁴⁵, el bien jurídico protegido es plural: por un lado, se tutelan los derechos de la persona extranjera a una plena y efectiva integración social que únicamente es posible cuando se disfruta de los derechos y libertades que el ordenamiento jurídico español consagra; por otro lado, se protege el derecho del Estado a controlar los flujos migratorios.

Con la última reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo, se delimitaron los delitos de inmigración ilegal y de trata de seres humanos como delitos autónomos e independientes además de redefinir las conductas punibles y modificar a la baja la duración de las penas.

El artículo 318 bis apartados 1 y 2 castigan a quienes, de modo intencionado, ayuden a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar, transitar o permanecer en territorio español de un modo que vulnere la legislación sobre entrada, tránsito o permanencia de extranjeros.

En el caso de la ayuda para entrar o transitar en España se establece una causa de justificación que elimina la pena cuando “el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”. Existe acuerdo en identificar esta ayuda humanitaria con la ayuda de emergencia que se presta en situaciones de catástrofe natural, guerras o conflicto armado. Resulta destacable que esta exoneración se deriva de la interpretación jurisprudencial puesto que el Tribunal Supremo ha determinado en numerosas sentencias que se exige la afectación de los

⁴⁴⁴ Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y Decisión marco del Consejo 2002/946/JAI, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares

⁴⁴⁵ Puede verse un excelente resumen de las argumentaciones doctrinales en torno al bien jurídico protegido en GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, “La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y de Ciencias Penales*, núm. 58, 2005, pp. 837-886, especialmente, 845-850.

derechos individuales de los ciudadanos extranjeros para que la conducta sea típica a efectos penales⁴⁴⁶.

Además, debe realizarse con conciencia y voluntad de ayuda a la entrada, tránsito y/o permanencia de una persona extranjera; con vulneración de la legislación vigente sobre entrada, tránsito y estancia en España⁴⁴⁷; y, en el caso de la ayuda a permanencia, que se realice con ánimo de lucro.

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona física o jurídica y el sujeto pasivo ha de tratarse de extranjeros que no sean miembros de un Estado miembro de la Unión Europea.

Finalmente, queremos destacar que, junto con el ánimo de lucro, también se mencionan como circunstancias agravantes las siguientes: en primer lugar, la pertenencia a organización criminal; cuando el sujeto activo sean los jefes, administradores o encargados de esas organizaciones criminales; la existencia de peligro para la vida o integridad física del inmigrante; y el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.

A nivel doctrinal existe consenso al reseñar que el bien jurídico protegido por los preceptos del mencionado Título XV, en los artículos 311 a 318 bis CP, son los derechos de los trabajadores.

El contenido del Título XV y del Título XV bis manifiesta el cambio de mentalidad del legislador que ha pasado de considerar el derecho penal del trabajo como un instrumento de control de los derechos de los trabajadores a estimarlo como un instrumento de protección de estos mismos derechos pertenecientes a la clase trabajadora, como sujeto de derechos.

Todos estos mecanismos de protección del derecho al trabajo están vinculados con el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE según el cual “todas las

⁴⁴⁶ Entre otras, SSTs 420/2016, de 18 de mayo; 144/2018, de 22 de marzo; 2636/2020, de 23 de julio, 3750/2020, de 30 de octubre de 2020.

⁴⁴⁷ Recordamos que el extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje en vigor que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de entrada y estancia, y acreditar medios económicos suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. Será preciso, además un visado, salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso o cuando solicite acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España.

personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. El derecho a la tutela judicial efectiva se integra del derecho de acceso a los tribunales, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho al proceso debido y las garantías constitucionales específicas del proceso penal.

En el ámbito del derecho laboral, el ET recoge en su artículo 4.2.g el derecho de los trabajadores “al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo” e integra el derecho a la tutela judicial efectiva explícitamente en el artículo 17 donde establece la garantía de indemnidad que consiste en que el trabajador no puede ser objeto de represalia por parte de su empresa como consecuencia del ejercicio de acciones administrativas o judiciales planteados por el trabajador frente al empresario para exigirle el cumplimiento de obligaciones laborales. En estos casos, la reacción del empresario deberá declararse nula por los tribunales por discriminar al trabajador que está reclamando legítimamente el reconocimiento de un derecho frente a su empleador. La conducta del empresario estaría, por tanto, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva. Al consistir en una violación de un derecho fundamental se accederá al procedimiento especial regulado en los artículos 177 y siguientes de la mencionada Ley de la Jurisdicción Social.

La garantía de indemnidad se incluye en numerosa normativa internacional, destacadamente, en el artículo 5.c) del Convenio 158 de la OIT que España ha ratificado. Este precepto dispone que se excluye de las causas válidas de extinción del contrato “el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes”.

La garantía de indemnidad también se reconoce en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación cuyo artículo 24 sobre Victimización establece que “Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el

cumplimiento del principio de igualdad de trato”. En términos muy semejantes replica esta garantía el artículo 11 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación o el artículo 9 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

El Tribunal Constitucional ha construido una sólida doctrina sobre la garantía de indemnidad y ha sostenido que «la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario” por lo que aquel derecho fundamental no solo se asegura mediante la actuación de jueces y tribunales sino también “a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza» (SSTC 55/2004, de 19 de abril, FJ 2; 87/2004, de 10 de mayo, FJ 2 ; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 144/2005, de 6 de junio, FJ 3 ; 25/2008, de 20 de, F. 3 y 6/2011, de 14 febrero, Fj 2, entre otras muchas).

Se observa con desazón que, a pesar de que la normativa internacional, europea y nacional reconoce instrumentos de protección de los derechos de los trabajadores extranjeros, se siguen produciendo prácticas o aplicando criterios que violan estos derechos y, por tratarse de un colectivo vulnerable, los inmigrantes tropiezan con numerosos obstáculos a la hora de acceder a la justicia y de defender sus derechos.

2. LA DIGNIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRABAJO: LAS CONDICIONES LABORALES DECENTES

Para analizar cuáles son las condiciones laborales decentes que caracterizan un trabajo de tal cualidad, podemos recordar la definición de trabajo que maneja la OIT como “El conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad, o

proveen los medios de sustento necesarios para los individuos (...)”⁴⁴⁸ e interpreta que el trabajo decente “significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”. El trabajo decente, además, “sintetiza las aspiraciones de la gente durante su vida laboral”.

Las condiciones que pueden impedir calificar a un trabajo como decente son, por tanto, muchas y variadas y no existe un concepto unánime elaborado por la doctrina sobre qué es “trabajo indigno”, “trabajo no decente” o “trabajo precario”⁴⁴⁹ aunque la definición básica de lo que puede entenderse por tal se contiene en la *Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el trabajo precario* que lo identifica con “las formas de empleo (que) no cumplen las normas y leyes nacionales, internacionales y de la Unión o que no ofrecen recursos suficientes para una vida digna o una protección social adecuada”.

La propia Resolución contiene un listado de indicadores que determina cuándo nos hallamos ante un trabajo indecente, precario o indigno. En concreto:

- Escasa o nula seguridad laboral debido al carácter temporal del trabajo o a la escueta dedicación, como es el caso de contratos de trabajo a tiempo parcial no voluntarios y a menudo marginales y, en algunos Estados miembros, horarios imprecisos y funciones que varían debido al trabajo “a la carta”;
- Protección rudimentaria frente al despido y tutela social insuficiente inherente;

⁴⁴⁸ El empleo, por su parte, se define como “el trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie), no importando la relación de dependencia (si es empleo dependiente-asalariado, o independiente-autoempleo)”. La diferencia entre ambos conceptos radica en que el trabajo es un tipo de actividad humana más amplia, mientras que el empleo se identifica con el trabajo remunerado.

⁴⁴⁹ Sobre el tema puede verse, ÁLVAREZ CUESTA, Henar, *La precariedad laboral: análisis y propuestas de solución*, Bomarzo, Albacete, 2008; GIL, José Luis, “Concepto de trabajo decente”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, monográfico sobre *La promoción del trabajo decente como respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera*, núms. 15-18, 2012, pp. 77-120; CEBRIÁN, Inmaculada, *Precarización y empobrecimiento de la población trabajadora en España*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2016 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana y ÁLVAREZ CUESTA, Henar, *Trabajo autónomo y trabajo por cuenta ajena: nuevas formas de precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2019.

- Remuneración inadecuada para llevar una vida digna;
- Derechos y prestaciones de protección social nulos o ilimitados;
- Protección débil contra cualquier forma de discriminación;
- Perspectivas reducidas de progreso en el mercado laboral o en materia de desarrollo y formación;
- Bajo nivel de derechos colectivos;
- Entorno laboral que no respeta las normas mínimas de salud y seguridad.

Se trata, pues, de personas trabajadoras que están excluidas del bienestar garantizado por la legislación laboral y la negociación colectiva y que suelen identificarse con los colectivos de trabajadores eventuales, desempleados o en paro, a tiempo parcial, jóvenes, mujeres, trabajo en negro o sumergido, entre otros.

La desprotección de estas personas se origina en los propios contratos laborales, en el desequilibrio entre las partes contractuales que permite a la parte empleadora, bordeando la legalidad, eludir la protección que otorga el Derecho del trabajo o, incluso, en la exclusión de algunos colectivos del ámbito de aplicación de las propias normas laborales.

Así, a pesar de la numerosa normativa que regula la relación laboral y que, como hemos analizado en capítulos precedentes, trata de proteger el estándar de dignidad y libertad de los trabajadores migrantes, en la realidad se siguen produciendo frecuentes violaciones de los derechos de este colectivo.

La labor de los tribunales ha sido determinante para garantizar la protección de los trabajadores asegurando una interpretación de la legislación acorde con los derechos que la Constitución y los Tratados internacionales les reconocen, especialmente en épocas más recientes a raíz de las últimas reformas laborales para hacer frente a la globalización y luchar contra la crisis financiera y económica.

Precisamente, el objeto de este capítulo es realizar un análisis de la jurisprudencia a nivel nacional y europeo para exponer la protección que se ha dispensado frente a las prácticas laborales que vulneran los parámetros de dignidad y señalar también los avances producidos a través de cambios normativos.

En aras de sistematizar los diversos derechos para un mayor entendimiento de la efectividad de los mismos, los hemos agrupado en dos apartados, el primero incluye la jurisprudencia que afecta a los derechos fundamentales, como son la igualdad, la vida privada, el honor y la intimidad y la libre elección de oficio. Por otra parte, el segundo grupo incluye la jurisprudencia que afecta a las condiciones de trabajo como el convenio colectivo, permiso de trabajo, salud y seguridad, protección social y tiempo de descanso y despido.

Para comenzar este capítulo sobre la construcción jurisprudencial de la dignidad en el entorno laboral, es necesario destacar la íntima conexión entre el trabajo como actividad humana y la realización como persona libre y digna. Así, en toda relación laboral hay una implicación personal del trabajador que hace que el trabajo conecte directamente con la libertad de la persona e, inmediatamente, con su dignidad. El trabajo constituye un aspecto esencial de la vida humana y está muy relacionado con el libre desarrollo de la personalidad; gracias a él se pueden llevar a cabo proyectos profesionales y personales y desde hace años se viene señalando⁴⁵⁰ la acentuada personalización del Derecho del Trabajo (“la riscoperta dell’individuo”) y la creciente demanda de los trabajadores a recibir un trato conforme a la dignidad personal. La consagración de la dignidad en la Constitución española – artículo 10.1 – y su reconocimiento en numerosos textos internacionales la han situado como un principio y fundamento de todo el orden jurídico general. También en el ordenamiento laboral se ha otorgado a este principio una centralidad indiscutible, considerándose que “la misión esencial del Derecho del Trabajo es la de asegurar el respeto de la dignidad del trabajador”⁴⁵¹ aunque se compruebe muy a menudo que este principio normativo no ha tenido plasmación en las prácticas laborales.

Si al inicio señalábamos la inexistencia de un consenso doctrinal para definir el trabajo indigno, podemos afirmar que también resulta difícil fijar el contenido específico del valor de dignidad puesto que se trata de un valor dinámico, ligado a un contexto histórico y a circunstancias concretas de la situación que se analiza. Pero sí es posible detectar aquellos tratamientos calificables de indignos o intolerables por lo que

⁴⁵⁰ OJEDA ÁVILA, Antonio e IGARTÚA MIRÓ, M. Teresa, “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 73, 2008, pp. 147-169.

⁴⁵¹ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, “Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo”, *Cuadernos Civitas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 27.

nuestro objetivo será el análisis de la dignidad humana y su proyección sobre la relación laboral desde los criterios aportados por la jurisprudencia constitucional y europea.

3. NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE DIGNIDAD LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EUROPEA

Si bien el concepto de dignidad está fuertemente influido por los valores de una determinada sociedad en un ámbito temporal y espacial concreto, en el contexto europeo, el TEDH ha incorporado en su jurisprudencia un concepto de dignidad cada vez más homogéneo –debido a la globalización que acerca a las sociedades– y en estrecha relación con los derechos fundamentales. Así, pese a no encontrarse formulada en el CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha deducido el respeto y protección de la dignidad relacionándola con la interpretación de determinados derechos –a diferencia del TJUE que ha reconocido un derecho autónomo a la garantía de la dignidad humana– y reconociendo en la dignidad y la libertad humana las bases esenciales del Convenio⁴⁵². Además, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que tiene actualmente el mismo valor que los tratados originales destaca que la persona se sitúa “en el centro de su actuación” y según su artículo 1, “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”⁴⁵³.

El TEDH ha valorado que se viola la dignidad humana en relación con el artículo 3 CEDH –sobre la prohibición de tortura o trato degradante– cuando se ha ocasionado un trato injusto a inmigrantes en situación irregular y ha estimado que la dignidad humana implica la obligación estatal de garantizar ciertas condiciones de vida⁴⁵⁴. Aunque el CEDH solo reconoce derechos civiles y políticos, encontrándose los derechos económicos, sociales y culturales regulados básicamente en la Carta Social Europea, la protección por conexión ha permitido que el TEDH reconozca derechos sociales por conexión con derechos fundamentales (por ejemplo, vivienda en conexión con la vida privada y familiar; asistencia sanitaria con el derecho a no recibir tratos crueles,

⁴⁵² STEDH, de 11 de julio de 2002, caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*; STEDH, de 26 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido* y STEDH, de 13 de diciembre de 2012, caso *El-Masri c. Ex República Yugoslava de Macedonia*.

⁴⁵³ Sobre la dignidad humana como fundamento de la identidad europea, véase OCHOA RUÍZ, Natalia, “La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. Especial 02, 2019, pp. 203-224.

⁴⁵⁴ Esta concepción de la dignidad humana permitió que el Tribunal de Estrasburgo amparase la demanda de no devolución de una persona inmigrante a su país donde no podía ver cubiertas sus necesidades vitales básicas (STEDH de 13 de julio de 2005, caso *Moldovan y otros c. Rumanía*).

inhumanos o degradantes)⁴⁵⁵. Así, el Tribunal de Estrasburgo ha recurrido a la Carta Social Europea en sus sentencias y a otros textos internacionales, como el Convenio contra la trata de seres humanos o los informes del Comité Europeo para la prevención de la tortura y los tratos y penas inhumanos y degradantes para acoger en su jurisprudencia los mencionados derechos sociales en el marco del CEDH⁴⁵⁶.

Sin embargo, el núcleo duro de la jurisprudencia del TEDH en materia de dignidad lo constituyen sus pronunciamientos en relación con violaciones del artículo 4 CEDH sobre la prohibición de esclavitud y del trabajo forzado. Como veremos en un apartado posterior, la numerosa jurisprudencia del TEDH sobre vulneración de la dignidad en el ámbito laboral se refiere frecuentemente a personas migrantes que han sido víctimas de explotación laboral a consecuencia de su ingreso ilícito en el país. Esta situación de irregularidad les coloca en una posición de vulnerabilidad y, frecuentemente, en manos de traficantes o tratantes para acceder a esos empleos. Y precisamente en estos pronunciamientos, el TEDH da entrada a derechos sociales a través de la doctrina de las obligaciones positivas. Es sus fallos, el Tribunal concluye que el Estado demandado no respetó estas obligaciones: prevenir la situación de trata, proteger a las víctimas, realizar una investigación seria y sancionar a los responsables. La STEDH de 30 de marzo de 2017, caso *Chowdury y otros c. Grecia*, ya abordada en los capítulos anteriores, representa un ejemplo claro de esto. Recuérdese que el TEDH condenó a Grecia por no reaccionar frente a una situación de trata de seres humanos padecida por 42 trabajadores migrantes bangladesíes sin permiso de residencia ni trabajo que fueron contratados como temporeros agrícolas en condiciones de vida y laborales penosas y privados de sus salarios. El Tribunal calificó la situación de trata de seres humanos por el aprovechamiento de la vulnerabilidad de los empleados para explotarlos y reitera que no pueden existir dudas acerca de que la trata amenaza a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las víctimas.

En España, el Tribunal Constitucional ha perfilado claramente las notas configuradoras de la dignidad humana considerándola como un *príus* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos. La dignidad de la

⁴⁵⁵ MESTRE I MESTRE, Ruth, “La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, pp. 122 y ss.

⁴⁵⁶ Así lo sostiene MORTE GÓMEZ, Carmen, “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 551-568 y CUBERO MARCOS, José Ignacio, “El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54, 2017, pp. 118-140.

persona está reconocida por la Constitución como pilar del orden político y la paz social colocándola en la base de los demás derechos fundamentales⁴⁵⁷ y se recoge, a modo de preámbulo, en el texto del artículo 10 CE que establece, concretamente, que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social, y que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Derivado de esto, la dignidad no está identificada como derecho fundamental, sino que cada derecho fundamental pivota en torno a ella. La dignidad se concibe, pues, como un valor de supremacía máxima y base de todos los derechos fundamentales. Trasladado al ámbito del derecho del trabajo supone que la persona trabajadora ha de ser tratada y respetada conforme a su dignidad personal durante el desempeño de una actividad laboral retribuida⁴⁵⁸.

En la STC 53/1985, de 11 de abril, el Alto Tribunal conecta la dignidad con la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás (FJ 8). El trato digno conlleva la prohibición de tratos vejatorios y degradantes o el derecho a no sufrir humillaciones (STC 57/1994, de 28 de febrero) y supone un mínimo infranqueable, en cuanto “valor espiritual y moral inherente a la persona” va unido a ella de forma inseparable, lo que significa que la dignidad tiene que mantenerse en cualquier circunstancia en la que se encuentre la persona (STC 120/1990, de 27 de junio). Quizá lo más destacable y discutido doctrinalmente sea esa falta de consideración autónoma de la dignidad como valor tutelable con independencia de los derechos fundamentales a los que se liga⁴⁵⁹. El Tribunal Constitucional ha mantenido una línea predominante que considera que no cabe una pretensión de amparo autónoma sobre la inviolabilidad de la dignidad humana

⁴⁵⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis, *La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Laborum, 2019, pp. 112 y ss.

⁴⁵⁸ OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, «La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 73, 2008, p. 148 y ss.

⁴⁵⁹ Existe una amplia discusión sobre el carácter autónomo o relacional de la dignidad de la que no podemos ocuparnos por quedar lejos del objeto de nuestra investigación por lo que remitimos, entre muchos otros, a GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 91-93; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “La dignidad como fundamento de los derechos. Especial referencia al derecho a la vida”, en L. Feito, *Bioética: la cuestión de la dignidad*, Universidad de Comillas, Madrid, 2004, pp. 75-99.

y que este tipo de recurso debe ir vinculado a la protección de algún derecho fundamental. Esta posición está vinculada a la regulación que se deriva del artículo 53.2 CE que establece que solo son susceptibles de amparo los derechos fundamentales comprendidos entre los artículos 14 a 30 CE. Sin embargo, el contenido del artículo 10 resulta vinculante para todos los poderes públicos, especialmente el judicial, que han de tener en cuenta los principios y valores que consagra y aplicarlos en los casos que resuelva de amparo. El Tribunal Constitucional también ha distinguido, en su conocida sentencia 53/1985 ya comentada, los derechos inherentes a la dignidad y aquellos a los que se encuentra íntimamente regulada, línea inicial restrictiva contra la que la doctrina se manifestó apostando por una comprensión más abierta de la clasificación de los derechos vinculándolos, precisamente, a la dignidad humana. Serán, así, inviolables los derechos cuya vulneración atente contra la personalidad o su desarrollo y, por tanto, todos aquellos inherentes a la persona en razón de su dignidad.

Concretamente, el Alto Tribunal ha vinculado la dignidad con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos e integridad física y moral (artículo 15), a la libertad de ideas y creencias (artículo 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen (artículo 18)”. Compartimos el juicio crítico puesto que la dignidad del trabajador está reflejada además de en los derechos constitucionales enumerados, en otros como el derecho de reunión (artículo 21), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24) o en derechos específicamente laborales como el derecho a la huelga o la libertad sindical. En capítulos anteriores ya vimos que el ordenamiento laboral recoge menciones directas a la dignidad del trabajador. Por recordar únicamente la norma básica laboral, el Estatuto de los Trabajadores lo reconoce como cláusula general – artículo 4.2.e ET)⁴⁶⁰ –, como obligación del empresario (en la realización de registros – artículo 18 ET)⁴⁶¹ –, en la adopción de medidas de vigilancia y control – artículo 20.3

⁴⁶⁰ Artículo 4 ET. *Derechos laborales*. “2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.”

⁴⁶¹ Artículo 18 ET. *Inviolabilidad de la persona del trabajador*. “Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.”

ET⁴⁶² –, en la movilidad funcional – artículo 39.3 ET⁴⁶³ –), como causa justa de extinción del contrato (artículo 50.1 ET⁴⁶⁴).

Además, como garantía específica complementaria a la anterior, el artículo 8.11 de la LISOS califica como infracción laboral muy grave “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”. El respeto a la dignidad del trabajador queda, de este modo, singularmente destacado en el ordenamiento laboral.

Y en esta línea aperturista y enriquecida del concepto de dignidad, el Tribunal Constitucional se ha referido a la idea de dignidad superando el ámbito estricto de la persona y la personalidad y “ya no solo se esgrime la dignidad contra violaciones de los derechos personales estrictamente vinculados a la vida y condiciones físicas, psíquicas o morales de la persona sino que también se defiende que aquélla puede ser conculcada por actos u omisiones de los poderes públicos o situaciones de hecho que violen flagrantemente unas mínimas «condiciones de vida» material que se consideran inherentes a la propia existencia del ser humano así como unas condiciones determinadas en el ámbito laboral que tanto pueden referirse a condiciones específicas del trabajo como al trato dispensado al trabajador”⁴⁶⁵. Por ello, la doctrina ha considerado que la dignidad se valora como la honorabilidad en tanto criterio social objetivo que resulta vulnerada cuando “se constata una actuación patronal que conlleva un deterioro notorio del prestigio personal, laboral, social y económico del trabajador» o cuando el trabajador es objeto de un trato vejatorio, represivo o humillante⁴⁶⁶.

⁴⁶² Artículo 20 ET. *Dirección y control de la actividad laboral*. “3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.”

⁴⁶³ Artículo 39 ET. *Movilidad funcional*. “1. La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador.”

⁴⁶⁴ Artículo 50 ET. *Extinción por voluntad del trabajador*. “1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.”

⁴⁶⁵ Esta nueva dimensión de dignidad de las condiciones de vida personal y laboral, como nos recuerda Yolanda Gómez, es la recogida en la Carta de Derechos Fundamentales con claras manifestaciones en la jurisprudencia comunitaria (GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “Dignidad y ordenamiento comunitario”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005).

⁴⁶⁶ REQUENA MONTES, Óscar, “La modificación sustancial de condiciones de trabajo que no respeta lo previsto en el artículo 41 y redundando en menoscabo de la dignidad del trabajador”, en Todolí Signes, Adrián; Talens Visconti, Eduardo; Requena Montes, Óscar; Tormos Pérez, Juan Alberto, *La extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador: Artículo 50 ET*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 38.

Pretendemos realizar en las líneas que siguen un estudio jurisprudencial ceñido al análisis de la dignidad del trabajador inmigrante y su proyección en el entorno laboral. En el análisis jurisprudencial que sigue veremos que se ha avanzado en la construcción de un concepto de dignidad cada vez más fortalecido frente a las vulneraciones de estos derechos fundamentales en el entorno laboral y que el extranjero trabajador, pese a situación de precariedad y dificultad que suele acompañarle, ha visto respaldado en numerosos pronunciamientos el reconocimiento a la dignidad. Especialmente destacables son las sentencias que se pronuncian sobre derechos absolutos que en materia laboral son la prohibición de la esclavitud, servidumbre, trata de personas y los trabajos forzosos. En el contexto de las personas trabajadoras inmigrantes esta protección cabe referirla a una práctica más deleznable: la trata con fines de explotación sexual ya que muchas mujeres inmigrantes son captadas y explotadas por redes y organizaciones delictivas. Se trata de casos paradigmáticos de “cosificación” de las personas trabajadoras reduciéndolas a meros objetos susceptibles de transmisión por lo que estos derechos entroncan directamente con el concepto de dignidad y su prohibición básica de tratar a las personas como cosas.

4. LA DIGNIDAD LABORAL DEL TRABAJADOR INMIGRANTE EN CONEXIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1. La igualdad de trato de los trabajadores en el mismo lugar de trabajo y el principio de no discriminación

El principio de igualdad y de no discriminación aparece reflejado en diversos preceptos constitucionales. Así, la Constitución española proclama en su artículo 1 la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico; en el artículo 9.2 se configura como principio jurídico u “obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas”; y en el artículo 14 consagra el derecho a la igualdad proclamando que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Una consolidada jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las tres vertientes de la igualdad: como derecho a la igualdad ante la ley, como derecho a la igualdad en la ley y como derecho a no ser discriminado por motivos personales o sociales, vertiente que nos ocupa en este apartado ya que la situación jurídica de los

extranjeros frente a los españoles queda claramente determinada en el artículo 13 CE que les otorga los derechos reconocidos en el Título I “en los términos establecidos por los tratados y leyes”. El principio de no discriminación entronca con el valor de la dignidad humana y se basa en la existencia de grupos colectivos de personas sistemática y tradicionalmente marginados de forma que su violación implica tanto una desventaja irracional para esos colectivos como un ataque a la dignidad de la persona. Por motivos históricos, la discriminación por razón de sexo es la que más pronunciamientos judiciales ha originado tratando de poner fin a una situación de inferioridad de la población femenina en la vida social y jurídica, situación discriminatoria que se traslada todavía hoy en el ámbito laboral y de las condiciones de trabajo.

Con carácter general, el derecho del trabajo se caracteriza por tratamientos normativos diferenciadores que solo se legitiman ante la existencia de motivos objetivos que justifiquen de manera razonable esa desigualdad de tratamiento legal. Y el tratamiento legal diferenciado de los trabajadores migrantes está reconocido, como vimos, en la propia Constitución. Pero los fenómenos de desigualdad y discriminación en materia de empleo no proceden de discriminaciones establecidas por el legislador que, mayoritariamente, respetan el mandato contenido en el artículo 14 CE, sino que se originan en la práctica, en base a prácticas contractuales o decisiones empresariales.

Esta cobertura legal del tratamiento diferenciado a los extranjeros en el ámbito laboral es el argumento definitivo por el que se deniegan recursos de amparo. La STC 107/1984, de 23 de noviembre⁴⁶⁷, es la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los contratos laborales suscritos por extranjeros en España en la que deniega el recurso de amparo interpuesto por un trabajador uruguayo sin permiso de residencia en España contra las resoluciones judiciales recaídas previamente ante el impago de sus salarios por presunta vulneración de los artículos 13, 14 y 35 de la Constitución Española. Avanzando conclusiones, el Tribunal Constitucional deniega el amparo y sienta una amplia y matizada doctrina sobre el alcance del principio de igualdad en relación con la titularidad y el ejercicio de los derechos de los españoles y de los “no nacionales” (FJ 4). La aplicación de tal doctrina a la contratación laboral permite distinguir entre el derecho al acceso al trabajo (reconocido sólo para españoles) y los derechos laborales una vez producida la

⁴⁶⁷ Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Recurso de amparo 576/1983. Sentencia número 107/1984 del 23 de noviembre.

contratación (donde, en principio, pero con excepciones, se da la igualdad entre españoles y extranjeros).

El actor expone que la normativa, en vigor en aquel momento, excluye la necesidad de permiso de trabajo y residencia para los ciudadanos hispanos, en concreto para los uruguayos sobre la base de distintos acuerdos internacionales firmados entre España y Uruguay⁴⁶⁸. La sentencia del Tribunal Central de Trabajo impugnada concluyó que, a pesar de que los hispanoamericanos se encuentran exentos de permiso de trabajo, ello no excluye que para trabajar en España soliciten y obtengan la pertinente autorización de residencia. Ya en sede constitucional, el Ministerio Fiscal desplegó la conocida interpretación sobre la distinción entre nacionales y extranjeros del artículo 13.1 CE que conlleva que el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I, por parte de los extranjeros, “se efectuará en la medida en que lo determinen los Tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del Tratado o la Ley” (FJ 3).

Ahondando en el análisis de esta primera sentencia sobre extranjería, el Tribunal rechazó la aplicación del principio de igualdad entre españoles y extranjeros, fundamentando que el artículo 14 CE apunta de forma exclusiva a los españoles. Sin analizar si la exigencia de poseer un permiso de residencia era un requisito justo para formalizar un contrato de trabajo con una persona extranjera, el Tribunal no tomó en consideración la aplicación del artículo 14 CE, sino del 13 CE. Luego, afirmando que este precepto estructura los derechos de los extranjeros como derechos de configuración

⁴⁶⁸ Entre ellos, el Tratado de Reconocimiento de Paz y Amistad celebrado entre España y Uruguay el 19 de julio de 1870, dispone en su artículo 8 que los súbditos de una y otra nación pueden ejercer libremente sus oficios y profesiones en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida; el Convenio Internacional de Cooperación Social celebrado entre España y Uruguay, de 27 de abril de 1970, establece en el artículo 1 que los Estados contratantes acuerdan mantener el principio de igualdad y reciprocidad en materia laboral, de manera que los uruguayos que trabajen en España y los españoles que trabajen en Uruguay, gocen de los mismos derechos sociales y laborales que los nacionales respectivos. Por fin, la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, y su Orden de desarrollo de 15 de enero de 1970, expresamente eximen a los súbditos hispanoamericanos que trabajan en territorio español o pretenden trabajar en él, por cuenta propia o ajena, de la obligación de proveerse del permiso de trabajo que con carácter general y para todos los extranjeros que realizan una actividad laboral en España preceptúa el artículo 4 del Decreto 1870/1968, de 27 de julio. De esta forma, el Real Decreto 1874/1978, de 2 de junio, y el posterior Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, no resultan aplicables a los extranjeros hispanoamericanos que quedan fuera de dicha regulación general por estar sometidos a su legislación especial.

legal, se adentró en el camino de diferenciar la titularidad de los derechos en función de su contenido.

De este modo, el Tribunal consideró que aquellos derechos que pertenecen a la persona como tal y no como ciudadano, o que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana corresponden a los extranjeros por mandato constitucional, por lo que no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles. Menciona como ejemplo el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica. Por el contrario, el resto de derechos, con excepción de los reconocidos en el artículo 23 CE, está supeditado a lo que dispongan las leyes y los tratados. Por lo que se refiere a los numerosos tratados suscritos entre España y Uruguay que suprimen la necesidad del permiso de trabajo para acceder al ámbito laboral, entiende que esta protección se refiere en exclusiva a los extranjeros que se encuentren legalmente en España, esto es, que cuenten con el correspondiente permiso de residencia.

Esta primera sentencia sería la base para mucha otra jurisprudencia sobre derechos de los extranjeros en España relacionados con la igualdad y el derecho al trabajo, sentando los fundamentos de una distinción que se ha mantenido –al menos teóricamente– hasta recientemente⁴⁶⁹. A saber, la igualdad pretendida por el demandante –extranjero procedente de un tercer país– lo es para la contratación laboral, es decir, para el ejercicio del derecho al trabajo. Al no existir tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo -lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones-, y como la propia Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles, el Tribunal desestima el recurso de amparo.

Una década después la STC 150/1994, de 23 de mayo⁴⁷⁰, sobre la vulneración del derecho a la igualdad, otorga el amparo solicitado a la recurrente de nacionalidad marroquí, que disfrutaba de una situación especial reconocida a favor de quienes trabajen en Ceuta o Melilla, la cual se traducía en el no requerimiento de permiso laboral.

⁴⁶⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 40, 2010, p. 5.

⁴⁷⁰ STC, Sala Segunda, núm. 150/1994, de 23 de mayo, recurso de amparo.

La actora pretende igualdad para la contratación laboral, en otras palabras, para el ejercicio del derecho al trabajo, reconocido en el art. 35 CE, pero que solo reconoce en favor de los españoles.

La recurrente que trabajaba al servicio de una empresa, que se encontraba únicamente en posesión de la tarjeta de residencia en la ciudad de Melilla, fue cesada en su puesto de trabajo por carecer del correspondiente permiso para trabajar en España, por lo que la trabajadora interpuso demanda por despido que fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social. También se interpuso recurso de suplicación que fue desestimado por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, según sentencia dictada. Contra ambas sentencias se interpone recurso de amparo. Esta demanda aduce que el derecho a la igualdad se habría vulnerado al aplicar los órganos judiciales, la legislación ordinaria (entonces, la LO 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, Reglamento de ejecución de la LO) y desconocer la situación peculiar regulada por la Instrucción, de 2 de julio de 1986, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, relativa a las autorizaciones de residencia y trabajo en las ciudades de Ceuta y Melilla. En segundo término, alega que las sentencias recurridas no se pronuncian sobre la validez de la tarjeta especial de residencia en Melilla para trabajar en esta localidad sin necesidad de estar en posesión de la correspondiente autorización o permiso de trabajo, incurriendo así en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En la sentencia que comentamos, para analizar la vulneración del principio constitucional de igualdad, *quid* principal de la demanda de amparo, y analizar también las razones que contraponen la parte demandada y el Ministerio Fiscal, el punto de partida es la doctrina declarada en la STC 107/1984 sobre los derechos constitucionales de los extranjeros en España en la que entendió “que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.

Debe advertirse que, para las personas asentadas con anterioridad a la LO 7/1985 en las ciudades de Ceuta y Melilla, es válida la llamada Tarjeta de Estadística, que mencionan las Instrucciones a las que se remite la actora. Dicha Tarjeta que se expide a ciudadanos originarios de las ciudades de Ceuta y Melilla, o con arraigo y residencia en las mismas, en edad laboral, tendrá los efectos propios que una autorización para

trabajar por cuenta ajena en cualquier actividad laboral o profesional, en la localidad donde haya sido expedido.

Por ello, el Tribunal declara inaceptable “que los Tribunales de Justicia, al conocer de procesos en los que se dilucidan derechos constitucionales de las personas, ya sean españolas o extranjeras, hayan prescindido de las disposiciones válidamente adoptadas por las autoridades administrativas competentes en materia de extranjería, cuando precisamente, el litigio laboral se centraba en si la trabajadora había cumplido o no los requisitos de documentación exigidos por dichas autoridades administrativas”. Por lo que otorga el amparo solicitado y, en consecuencia, reconoce a la recurrente su derecho fundamental a la igualdad ante la Ley en conexión con el artículo 35 CE.

Como hemos comentado en capítulos anteriores, la política de inmigración ha estado decantada con frecuencia hacia motivaciones de policía (seguridad y orden público) cuando tiene su centro de gravedad en razones de desarrollo económico e integración de la sociedad y abarca la adopción de medidas de diversa naturaleza – económica, social, cultural – a favor de la integración social de los inmigrantes. Pero, obviamente, ambas políticas confluyen en aspectos que afectan a ambas: así la regulación de la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional impacta en el aspecto laboral de los migrantes puesto que su posición legal en el mercado nacional depende de aquella. En este sentido, debemos recordar que el reconocimiento de la igualdad, no discriminación e igualdad están consagrados en los Preámbulos y partes dispositivas de los Tratados internacionales sobre derechos humanos como un principio genérico o un derecho concreto que se reconoce a toda persona “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Es lo que, a partir de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, originó un proceso de transformación en la internacionalización de los derechos humanos y se pasa de reconocer derechos a los extranjeros “debido a” su nacionalidad a reconocérseles “gracias” a su condición de individuos sin diferenciación con los nacionales⁴⁷¹. Por eso vemos en los documentos internacionales una terminología abierta e indeterminada (“toda persona”, “todos”). Cuando toda persona es titular de los

⁴⁷¹ CARRILLO SALCEDO, Javier, *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999, p. 28.

derechos reconocidos en disposiciones internacionales se incluye en este grupo a los extranjeros, también obviamente a los trabajadores migrantes.

Este reconocimiento universal, como hemos visto, deja margen a los Estados para determinar ciertas condiciones que supeditan la titularidad de algunos derechos o el alcance de ejercicio por parte de los extranjeros que podrán restringirse en función de los intereses de los nacionales de los Estados siempre que el trato desigual responda a motivaciones objetivas y razonables⁴⁷².

Por lo que aquí nos interesa, el legislador español no puede incumplir el marco internacional y los tratados suscritos por España en este ámbito. Es necesario recordar que este trato no discriminatorio entre trabajadores está garantizado para los trabajadores migrantes con independencia de su situación jurídica. Como vimos, el artículo 25.1 de la CTFM dispone que “Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a: remuneración, otras condiciones de trabajo, es decir horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo, entre otros beneficios que se derivan de la relación laboral⁴⁷³ y que serán estudiados más adelante en el capítulo sobre los derechos de los trabajadores migrantes derivados de la vinculación laboral. Existen numerosos estudios que revelan que, como colectivo vulnerable, las personas inmigrantes suelen padecer situaciones discriminatorias y abusivas en el trabajo que no se denuncian por el miedo de los trabajadores extranjeros a perder el empleo o, en el peor de los casos, ser deportados. Estos abusos se refieren a jornadas laborales desproporcionadas, horas de trabajo no abonadas o pagadas de manera distinta atendiendo a la nacionalidad, pagos de salario *en negro* y, en general, una situación de discriminación respecto a los trabajadores nacionales. Las posibles represalias en caso de denuncia de los abusos impiden que se detecten estas situaciones discriminatorias, aunque basta con destacar las cifras de la

⁴⁷² BONET PÉREZ, Jordi, “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *La protección internacional de los Derechos Humanos en los albores del Siglo XXI*, Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 321 y MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, “Los derechos de los extranjeros en el derecho internacional”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, p. 114.

⁴⁷³ El propio Convenio matiza este reconocimiento y permite a los Estados fijar limitaciones a los trabajadores migrantes para restringir el acceso a categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades, cuando ello sea necesario en beneficio del Estado y esté previsto por la legislación nacional; en función del reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas fuera del territorio del Estado de empleo; en aplicación de una política de otorgar prioridad a sus nacionales, subordinar el derecho de libre elección al tiempo de vigencia del permiso de trabajo o para realizar trabajos por cuenta propia (artículo 52 apartados 2 y 3 CTFM).

última Encuesta de Población Activa (tercer trimestre de 2020)⁴⁷⁴ la tasa de paro de la población extranjera duplica la española. Así, la española es del 14,77%, mientras que la de la población extranjera es del 25,65%.

La discriminación laboral de las personas migrantes no suele expresarse de una forma abierta⁴⁷⁵ y son numerosos los pronunciamientos del TEDH en los que analiza un trato menos favorable a unas personas que a otras por razón de raza u origen étnico. Sin ánimo exhaustivo, destacan las SSTEDH asunto *Anakomba Yula contra Bélgica*, de 10 de marzo de 2009, sobre restricciones en la asistencia jurídica prestada a inmigrantes en situación irregular; asunto *Andrejeva contra Letonia*, de 18 de febrero de 2009 sobre la negativa a conceder a la demandante una pensión de jubilación por sus años de trabajo previos a 1991 en la extinta Unión Soviética por carecer de nacionalidad letona; asunto *C. contra Bélgica*, de 7 de agosto de 1996, sobre deportación de extranjeros condenados por la comisión de delitos; asunto *Dhahbi contra Italia*, de 8 de abril de 2014, sobre trato desfavorable de nacionales de terceros países en comparación con los trabajadores de la UE con arreglo al régimen italiano de prestaciones familiares; asunto *Koua Poirrez contra Francia*, de 30 de septiembre de 2003, sobre denegación de una prestación por discapacidad por no tener el demandante nacionalidad francesa ni nacionalidad de algún país que hubiera celebrado con Francia un acuerdo de reciprocidad; asunto *Moustaquim contra Bélgica*, de 18 de febrero de 1991, sobre deportación de extranjeros condenados por la comisión de delitos; asunto *Ponomaryovi contra Bulgaria*, de 21 de junio de 2011, sobre el derecho de extranjeros a la enseñanza secundaria; asunto *Rangelov contra Alemania*, de 22 de marzo de 2012, sobre denegación de acceso a un programa de tratamiento a una persona extranjera y asunto *Zeïbek contra Grecia*, de 9 de julio de 2009, sobre la negativa a conceder una pensión vitalicia a la demandante, madre de una familia numerosa, debido a la nacionalidad de uno de sus hijos.

⁴⁷⁴ Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta de Población Activa EPA. Tercer trimestre de 2020*, <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0320.pdf>. Un estudio práctico sobre discriminación laboral en el momento de la contratación basado en pruebas de verificación *in situ* en COLECTIVO IOE, *La discriminación laboral a los trabajadores inmigrantes en España*, M Ángel de Prada, W. Actis, C. Pereda y R. Pérez Molina (coords.), Estudios sobre migraciones internacional n. 9, Departamento de Empleo. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 1995.

⁴⁷⁵ La STJUE en el asunto *Feryn*, de 10 de julio de 2008, es una excepción a esta regla porque el empresario belga advertía que no contrataría inmigrantes. El TJUE lo consideró un ejemplo de discriminación directa claro por razón de raza u origen étnico. Pueden verse otras sentencias en LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “La prueba de la discriminación en el derecho comunitario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 60, 2012, pp. 125-138.

Teniendo en cuenta el tránsito que hemos hecho desde una Europa como “comunidad económica”, partiendo de la revisión del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Ámsterdam, 1999), hasta arribar a una “unión económica dotada de valores comunes” (de solidaridad), tránsito que se puede decir que también fue obra del TJUE, encontramos que la circulación de personas como mano de obra que responde a la lógica contractual y de mercado, se ha convertido en lo que hoy se denomina movilidad humana, concepto que se refiere al estatuto de ciudadanía, es decir, a personas con derechos y deberes⁴⁷⁶, circulación de personas inmigrantes por motivos laborales. El papel del TJUE, que muestra su claro posicionamiento de defensa decidida de la primacía comunitaria en el ámbito de las migraciones laborales, se visualiza en la STJUE 14 de noviembre de 2018, C-18/17, en la que se protege la efectividad de la libre prestación de servicios en su vertiente de facilitación del desplazamiento temporal de trabajadores extracomunitarios a otro Estado miembro (Austria), sin que sus normas inmigratorias puedan actuar como un obstáculo real. Esta sentencia recuerda su doctrina, que ha venido defendiendo en numerosos precedentes, según la cual “Los artículos 56 TFUE y 57 TFUE deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no está facultado para exigir que nacionales de terceros Estados que hayan sido puestos a disposición de una empresa establecida en otro Estado miembro por otra empresa establecida igualmente en ese otro Estado miembro, con el fin de prestar servicios en el primero de esos Estados miembros, cuenten con un permiso de trabajo”⁴⁷⁷. “¿Contar con un permiso de trabajo es un requisito de un permiso de trabajo cuando el desplazamiento se realiza mediante [el suministro] de mano de obra a una segunda sociedad establecida en Italia con el fin de que esta preste un servicio en Austria y la actividad de los trabajadores rusos y bielorrusos para la segunda sociedad se limita a la prestación de dicho servicio en Austria, sin que entre ellos y la segunda sociedad exista relación laboral alguna?”, es una de las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE.

Estamos ante una política inmigratoria con dos caras al decir del autor, como el dios Jano, que igual abre puertas al inmigrante trabajador como también las cierra; y no

⁴⁷⁶ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Políticas comunitarias de gobernanza de las inmigraciones laborales y su impacto en el derecho español: crisis, contradicciones y nuevos horizontes”, *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea, XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Cristóbal Molina Navarrete (Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Junta de Andalucía, p. 274.

⁴⁷⁷ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Políticas comunitarias de gobernanza de las inmigraciones laborales y su impacto en el derecho español: crisis, contradicciones y nuevos horizontes”, *op. cit.*, p. 294.

se trata solo de tener un permiso de trabajo como extranjero extracomunitario, incluso a los propios trabajadores comunitarios se les obstaculiza su movilidad por motivos laborales, como ejemplo la STJUE de 25 de febrero de 2016, C/299-14 Caso García Nieto. Política inmigratoria que genera desigualdad y exclusión, pese a que “...la movilidad de la mano de obra en la Unión debe ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo, y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros”⁴⁷⁸. Se trata de libertad en el derecho al trabajo, claramente diferenciada para un trabajador comunitario en comparación con uno extracomunitario.

El mismo autor nos informa que “la influencia del TJUE en la legislación inmigratoria socio-laboral nacional ha sido menor, en claro contraste no sólo con otras condiciones de empleo y de trabajo, sino con el gran influjo desplegado por el TJUE en materia de libertad de circulación de personas ciudadanas –por cuenta ajena y propia– de la UE (Real Decreto 240/2007, 16 de febrero), así como en relación a la igualdad de trato”⁴⁷⁹. El autor encuentra la razón a esto en la mayor componente política del ámbito que trata, además de las limitaciones competenciales, por lo que se hace más difícil los pronunciamientos disruptivos del TJUE en esta materia.

En resumen, el asunto arriba presentado trata de una empresa italiana que aceptó el encargo de una empresa austriaca para ejecutar un proyecto de construcción de un tren de laminación de alambre en Austria, recurriendo la empresa italiana a la contratación de cuatro trabajadores croatas, un trabajador ruso y a un trabajador bielorruso. Esta sociedad forma parte de un grupo de sociedades al que pertenecen igualmente una sociedad croata, que empleaba a los referidos trabajadores croatas, y otra sociedad italiana, que empleaba al trabajador ruso y al bielorruso. Los trabajadores croatas fueron puestos a disposición de la matriz italiana, pero continuaron empleados por la sociedad croata –y afiliados a la seguridad social de Croacia.– En cuanto a los trabajadores ruso y bielorruso, fueron puestos a su disposición, pero continuaron estando empleados por la filial italiana –afiliados a la seguridad social de Italia durante la duración de su misión austriaca–. La empresa italiana notificó los datos relativos a esos trabajadores extracomunitarios a la Oficina Central de Coordinación para el Control del Trabajo

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 289.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 276.

Ilegal y presentó las correspondientes solicitudes de confirmación del desplazamiento de esos trabajadores. Mas adelante la misma indicó que no empleaba a esa mano de obra, sino que esta le había sido suministrada por las sociedades croata e italiana anteriormente mencionadas para la ejecución del proyecto en Austria, procediendo la Oficina Regional de Empleo de Leoben a denegar la autorización, sobre la base de que el desplazamiento de trabajadores nacionales de terceros Estados en el marco de una prestación de servicios transfronteriza no está armonizado en el plano de la Unión. Presentada la consiguiente demanda e interpuesta cuestión prejudicial, el TJUE consideró contraria a la libertad de prestación de servicios esta práctica.

Entrando en la jurisdicción del CEDS y teniendo en cuenta que todas somos personas potencialmente beneficiarias de la CSE y que los valores que la inspiran se ven maximizados y realzados cuando la CSE atiende a situaciones y categorías de personas vulnerables⁴⁸⁰, interesa referirse brevemente en este apartado, porque ya se ha visto en otro capítulo, pero porque se trata de jurisprudencia del CEDS en forma de conclusiones, que son producto del sistema de informes que estableció la CSE de 1961. Específicamente me refiero a las conclusiones que presenta el autor haciendo un preciso análisis del artículo 19 de la CSE sobre los derechos de los trabajadores migrantes en España y sus familiares⁴⁸¹. España incumplió los apartados 4, 6 y 10 del art. 19 CSE. Para lo que nos interesa en este apartado, la vulneración del art. 19.10 CES sobre igualdad de trato para los trabajadores migrantes por cuenta propia, el informe concluye que la situación en España no es conforme con el art. 19.10 de la Carta de 1961.

Por otra parte, una reflexión sobre la violación del art. 1.2 CS que tiene que ver con las restricciones a algunas categorías de extranjeros, los no nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que sí son Partes Contratantes en la CSE, en el acceso a la función pública. Sobre esto el CEDS, recordó en primer término que a la luz del art. 1.2 CSE los Estados pueden supeditar el acceso de los extranjeros al empleo en su territorio a la posesión de un permiso de trabajo, no obstante no pueden introducir una prohibición general más allá de los motivos previstos en el art. 31 de la CSE de 1961, es decir, que las restricciones estén “establecidas por la Ley y que sean necesarias en una

⁴⁸⁰ JIMENA QUESADA, Luis, “Las grandes líneas jurisprudenciales del comité europeo de derechos sociales: tributo a Jeanmichel Belorgey”, *Lex Social*, vol. 7, núm. 1, 2017, p. 7.

⁴⁸¹ JIMENA QUESADA, Luis, “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2018-2019”, *Lex Social*, op. cit., pp. 769-770.

sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres”. Esto quiere decir que, para el CEDS los únicos empleos que pueden quedar cerrados a los extranjeros son por consiguiente aquellos “intrínsecamente vinculados con la protección del orden público o la seguridad nacional y que impliquen el ejercicio de autoridad”⁴⁸². Para analizar el mencionado art. 1.2 CSE el Comité trajo a colación el art. 57 de la derogada Ley 7/2007, de 12 de abril, sobre el estatuto básico del empleado público, actualizado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que en su art. 57 dicta “Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados.

1. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.” En el apartado 4 del mismo artículo hace referencia a la posibilidad de acceso de los extranjeros con permiso de trabajo como personal laboral: “4. Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles”. En ese año, 2012, el CEDS llama la atención sobre el Real Decreto 543/2001 de 18 de mayo, en vigor a día de hoy, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores; que establece una lista de cuerpos y escalas de la función pública estatal excluidos a los extranjeros, es decir, para los que se exige en todo caso la posesión de la nacionalidad española. El Comité concluye que la situación no es conforme con la Carta de 1961.

Pasando al campo de la jurisprudencia del CEDS sobre igualdad emanada de las decisiones del sistema de reclamaciones colectivas, quisiera referirme en particular a la optimización de los derechos y libertades constitucionales implicados en las relaciones

⁴⁸² JIMENA QUESADA, Luis, “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2012”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2012, pp. 371-372.

laborales transnacionales que, como en el caso de la Decisión del CEDS, de Reclamación Colectiva núm. 85/21012, –que abordaremos más adelante–, y que en España, según el autor “pasa, por un lado, por la interpretación *favor libertatis* de esos derechos y libertades efectuada por el Tribunal Constitucional español (apartados 3 y 4 infra) y, por otro lado (como también se ha vislumbrado en el apartado precedente), por el juego de los estándares internacionales mínimos de protección y la armonización al alza de ellos a que propenden los mandatos interpretativo (art. 10.2) y aplicativo (arts. 93 a 96) de la Carta Magna de 1978”⁴⁸³. Desde tal perspectiva, y siguiendo a Jimena Quesada, las disposiciones europeas de mayor relevancia vienen dadas por la específica Directiva 96/71/ CE (reforzada por la Directiva 2014/67/UE), así como por la Carta Social Europea, especialmente su art. 19 sobre protección de los trabajadores migrantes y miembros de sus familias; y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales.

La Decisión del CEDS, (de resolución de la Reclamación colectiva núm. 85/2012, Confederación General del Trabajo de Suecia y Confederación General de directivos, funcionarios y empleados c. Suecia), de fecha 3 de julio de 2013, “ofrece un compendio de esos instrumentos internacionales relevantes y, sobre todo, de lo que en la doctrina constitucional se ha denominado integralidad maximizadora del sistema global de derechos humanos. Efectivamente, en dicha decisión se analizaron los cambios introducidos en el terreno de la libertad sindical y la negociación colectiva en la legislación sueca tras la sentencia *Laval* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE (STJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05)”⁴⁸⁴. El conflicto se inició por la pretensión del sindicato de hacer frente a prácticas deslocalizadoras de «dumping social», tal que esas medidas de conflicto colectivo pretendían que los asalariados de una empresa (*Laval*) de Letonia del sector de la construcción desplazados a Suecia pudieran acogerse al régimen laboral sueco más favorable que el del país de origen. La STJUE *Laval* se decantó de algún modo por ubicar el derecho de acción colectiva de los asalariados en la categoría de «derechos fundamentales de segundo rango», mientras que por el contrario, el CEDS vio exceso en esas restricciones al derecho de los sindicatos de llevar a cabo acciones colectivas en tal dirección, al mismo tiempo que

⁴⁸³ JIMENA QUESADA, Luis, “La protección constitucional de las relaciones laborales transnacionales en España”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 132, *Derecho Social Internacional y Comunitario*, Madrid, 2017, p.52

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 52.

consideró que no se había garantizado un tratamiento no menos favorable, en materia de remuneración y otras condiciones laborales, a los trabajadores desplazados. El CEDS, divergente con la postura del TJUE, concluyó una violación de los apartados 2 y 4 del art. 6 (derecho a la negociación colectiva), así como de las letras a) y b) del art. 19.4 (derecho de los trabajadores migrantes a recibir un trato no menos favorable que los nacionales en materia de remuneración y demás condiciones laborales, y de afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas ofrecidas por los convenios colectivos) de la CSE. Con esto, remarcar lo que pone de manifiesto el autor, respecto a la necesidad de profundizar en las sinergias entre el Consejo de Europa y la Unión Europea y, por ende, de impulsar el conocido “Proceso de Turín” y de dotar de impacto al programático (*soft-law*) “Pilar Europeo de Derechos Sociales”⁴⁸⁵.

4.2. Libre elección de oficio: la trata de seres humanos con fines de explotación laboral

La libre elección de oficio expresa el respeto a la persona y su dignidad por la estrecha correlación que existe entre el trabajo y el desarrollo personal, así como la importancia del empleo para la integración social y económica. Ya vimos que los Estados pueden distinguir en el trato que conceden a sus nacionales frente a los extranjeros en lo relativo al acceso al empleo –atendiendo a criterios razonables, objetivos y amparados en una finalidad proporcional –pero una vez contratadas, las personas deben gozar de las mismas condiciones de empleo. El reconocimiento internacional a la libre elección de empleo y a la prohibición de trabajo forzoso ya se analizó en el capítulo precedente¹ así como la existencia de Convenios internacionales en contra de formas de explotación concretas (Convenio n. 29 de 1930 sobre el trabajo forzoso, Convenio n. 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado) de 1949, Convenio n. 105 de 1957 sobre la abolición del trabajo forzoso, Convenio n. 111 de 1958 sobre la discriminación (empleo y ocupación), Convenio n. 189 de 2011 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, etc.).

A pesar de ese marco normativo, sabemos que la esclavitud y el trabajo forzado son prácticas que están teórica y formalmente abolidas, pero se mantienen presentes en nuestras sociedades. Las personas trabajadoras migrantes corren más riesgo de ser víctimas de trabajo forzoso bajo diversas formas, especialmente, si se encuentran en situación irregular en el país de llegada y con independencia de que se deba a su entrada

⁴⁸⁵ JIMENA QUESADA, Luis, “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2018-2019”, *op. cit.*, p.822.

o estancia irregular o indocumentada o a la situación de empleo ilegal del trabajador migrante. El trabajo forzoso es aquel que se realiza de manera involuntaria y bajo amenaza de una pena cualquiera⁴⁸⁶. En estas situaciones las personas se ven obligadas a trabajar porque se emplea contra ellas violencia o intimidación o medios menos evidentes como la retención de documentos de identidad o de salarios, amenazas de denuncia ante autoridades de inmigración, deudas fraudulentas de las que los trabajadores no pueden escapar, limitación de la libertad de movimiento de los trabajadores, etc. Según la OIT⁴⁸⁷, esta definición abarca prácticas tradicionales como las prácticas análogas a la esclavitud o la servidumbre por deudas, pero también las fórmulas de esclavitud moderna, nuevas formas de trabajo forzoso que hemos visto aparecer recientemente, como la trata de personas, todas ellas situaciones vitales y de trabajo contrarias a la dignidad humana. En el momento de adoptar el Protocolo, la OIT estimó que unos 21 millones de hombres, mujeres y niños se encuentran en situación de trabajo forzoso, el 90% son explotados en la economía privada. En el ámbito europeo, en el tercer informe de la Comisión Europea sobre los avances en la lucha contra la trata, de 20 de octubre de 2020⁴⁸⁸, se destaca que el beneficio global estimado con la trata de personas es de 29.4 billones de euros y en la Unión Europea, de 2.7 billones anuales. Ya en su primer informe⁴⁸⁹, la Comisión Europea advirtió que la esclavitud doméstica es una forma de explotación humana especialmente difícil de detectar puesto que las víctimas –en su mayoría mujeres y niñas– se encuentran aisladas y con pocas o nulas oportunidades para denunciar o escapar de la explotación. En este último informe, advierte que junto a los tradicionales ámbitos de explotación (prostitución, mendicidad y robo, sector textil y agrícola), sigue aumentando la trata humana para explotación en los sectores como la construcción, turismo o servicios domésticos. El tercer informe ahonda en la especial vulnerabilidad de estas personas objeto de explotación en el contexto de la pandemia y afirma que “Los delincuentes han aprovechado las

⁴⁸⁶ OIT, *Convenio sobre el Trabajo forzoso*, 1930 (núm. 29).

⁴⁸⁷ OIT, *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el Trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2012, CIT.101/III/1B, párrafo 272.

⁴⁸⁸ Comisión Europea, *Tercer informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe sobre los avances en la lucha contra el tráfico de seres humanos (2020) según establece el artículo 20 de la Directiva 2011/36/EU sobre prevención y lucha contra el tráfico de seres humanos y la protección de sus víctimas*, COM (2020) 661 final, Bruselas, 20.10.2020.

⁴⁸⁹ Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe sobre los avances en la lucha contra el tráfico de seres humanos (2016) según establece el artículo 20 de la Directiva 2011/36/EU sobre prevención y lucha contra el tráfico de seres humanos y la protección de sus víctimas*, COM (2016), 267 final, Bruselas, 19.05.2016.

oportunidades durante la pandemia de Covid-19 para generar beneficios significativos e intensificar las actividades delictivas. Han cambiado sus métodos de funcionamiento y están anunciando cada vez más a las víctimas en Internet o explotándolas en instalaciones privadas. Si bien el impacto total de la pandemia aún no es medible, está claro que la crisis ha dado lugar a desafíos extraordinarios que afectan desproporcionadamente a los más vulnerables, agravando la vulnerabilidad de las personas a la trata de seres humanos, incluidos los de las mujeres y los niños”⁴⁹⁰.

Precisamente, la servidumbre doméstica y el trabajo forzado doméstico⁴⁹¹ de los menores de edad ha sido objeto de uno de los más conocidos pronunciamientos del TEDH por vulneración del artículo 4 del CEDH y que estableció la línea de interpretación de ese precepto para sus sentencias posteriores. El caso *Siliadin c. Francia*, de 26 de julio de 2005, resuelve la demanda fue interpuesta por una ciudadana de origen togolés, alegando que no tuvo protección suficiente y efectiva en Francia contra la “servidumbre” a la que estaba sometida o, al menos, contra el trabajo “forzado u obligatorio”, que se le exigía, en el sentido del artículo 4 CEDH.

La demandante llegó a Francia con 15 años de edad sin permiso de trabajo y en edad de estar escolarizada. Fue la criada no remunerada de un matrimonio francés, llamada en este caso matrimonio B, que le había confiscado el pasaporte. Trabajaba en el servicio doméstico, siete días a la semana, sin día de descanso, con un permiso excepcional algún día domingo. Dormía en un colchón en el suelo en la habitación de los niños, cuidaba de un niño recién nacido que había tenido la pareja. No percibía salario alguno y no asistía a la escuela, permaneciendo indocumentada. Antes de interponer la demanda ante el TEDH hubo diversas vicisitudes judiciales: así, en 1998 recupera su pasaporte y, gracias a la alerta de una vecina ante el Comité contra la esclavitud moderna, su caso fue sometido al Tribunal de Gran Instancia de París que dictó sentencia el 10 de junio de 1999, considerando que la situación de vulnerabilidad y de dependencia de la demandante frente al matrimonio B. se constataba por el hecho de que ésta estuviese en situación irregular en el territorio, fuese consciente de ello y

⁴⁹⁰ Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe sobre el progreso hecho en la lucha contra el tráfico de seres humanos (2016) según establece el artículo 20 de la Directiva 2011/36/EU sobre prevención y lucha contra el tráfico de seres humanos y la protección de sus víctimas*, COM (2016), 267 final, Bruselas, 19.05.2016, p. 2.

⁴⁹¹ Sobre esta cuestión, puede verse entre otros, FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Borja, “El trabajo forzado, la servidumbre y la esclavitud en Europa atendiendo a los sectores productivos: análisis crítico del alcance de la jurisprudencia del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Universitas*, n. 25, 2017, pp. 90-138.

temiese ser detenida por la policía. Quedó probado el delito previsto en el artículo 225-13 del Código Penal francés, cuya Sección III se denomina “De las condiciones de trabajo y de alojamiento contrarias a la dignidad de la persona”. El Tribunal también confirmó que el matrimonio B empleaba a una persona extranjera sin permiso de trabajo.

Lamentablemente el Tribunal concluyó que, aunque aparentemente no se respetó la normativa laboral sobre la duración del trabajo y el tiempo de descanso, ello no era suficiente para considerar que las condiciones laborales eran incompatibles con la dignidad humana, lo cual se daría si hubiera existido un ritmo de trabajo muy alto, insultos y vejaciones frecuentes, o también si hubiera sido necesario que la trabajadora necesitara hacer uso de una fuerza física especial sin medida con la naturaleza del empleado y si la actividad laboral se hubiera desarrollado en un local insalubre, lo cual para el Tribunal no era el caso. Con todo, el matrimonio B fue condenado a 12 meses de prisión y a indemnizar a la demandante, en concepto de daños y perjuicios y recurrió la sentencia.

En el año 2000, el Tribunal de apelación consideró que no se había probado el sometimiento a unas condiciones laborales o de alojamiento incompatibles con la dignidad humana. Una vez más otro tribunal, esta vez el de apelación, no encontraba trato indigno hacia la trabajadora de hogar. También el mismo tribunal estimó que no había constancia de la existencia de un estado de vulnerabilidad o de dependencia ya que la joven, pese a su corta edad, se movilizaba por la ciudad con suma facilidad, entraba y salía del hogar donde trabajaba sin ningún tipo de impedimento, con lo cual quedaba demostrado una forma de independencia innegable, no pudiendo resultar su vulnerabilidad únicamente de su origen extranjero lo que conllevó la absolución del matrimonio.

Al respecto, me parece interesante transcribir algunos extractos del Informe de la Misión de Información común sobre las diversas formas de la esclavitud moderna de la Asamblea Nacional francesa, presentado el 12 de diciembre de 2001, que se pronunció de la siguiente manera: “En cuanto a los menores que, debido a su edad, son los más vulnerables y deberían ser especialmente protegidos, su situación parece a la Misión muy preocupante: (...), niños dedicados a trabajar de criados o en talleres clandestinos (...), que representan una presa fácil para los traficantes de todo tipo...”. Como ha señalado la doctrina, una de las virtudes de la STEDH en el caso *Siliadin c. Francia* es

que “conectó el fenómeno moderno de la trata de seres humanos y la servidumbre doméstica con el concepto histórico del trabajo forzado, servidumbre y esclavitud (y) dio una nueva vida al artículo 4”⁴⁹². En efecto, en el caso mencionado el TEDH manifiesta que “(...) los esclavos de hoy son con alta frecuencia mujeres que trabajan la mayoría de las veces en casas de particulares, a las que llegan como criadas inmigradas” (párrafo 88).

El Tribunal constata que, en este caso, la demandante fue sometida a tratos contrarios al artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y mantenida en servidumbre y condena a Francia por no haber cumplido con las obligaciones derivadas del mencionado precepto. El TEDH estableció, en primer lugar, los elementos que definen al trabajo forzado basándose en la definición contenida en el Convenio de la OIT n. 29, a saber, trabajo realizado contra la voluntad de la víctima y bajo amenaza de sanción. Dentro de esta última situación consideró que el temor a verse expulsada del país era equivalente a una sanción⁴⁹³. En segundo término, el Tribunal valoró si la situación padecida por la demandante podía ser considerada como esclavitud o servidumbre. Descartó que se tratase de esclavitud en tanto no concurría el ejercicio de un derecho de propiedad sobre la víctima, pero entendió que se trataba de un caso de servidumbre adaptando la definición que dio de la misma en el caso *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, de 24 de junio de 1984, como “formas particularmente serias de denegación de libertad”. En tercer el Tribunal constata que la demandante, sometida a tratos contrarios al artículo 4 CEDH y mantenida en servidumbre, no vio que se condenase penalmente a los autores de los actos ya que la legislación penal francesa no contemplaba como delitos ni la servidumbre ni la esclavitud y advirtió a Francia sobre la necesidad de actuar con mayor contundencia en el futuro, advertencia que no siguió y le valdría una segunda condena por violación de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio en 2012 en el caso *C.N. y V. c. Francia*, dos huérfanas burundesas que se vieron obligadas a trabajar en casa de sus tíos que las acogieron en su domicilio en Francia pero forzándolas a trabajar bajo coacciones y maltrato físico y

⁴⁹² WHITE, Robin y OVEY, Clare, *The European Convention on Human Rights*, OUP: Oxford, 2010, 5ª ed., p. 98, citado en FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Borja, “El trabajo forzado, la servidumbre y la esclavitud en Europa atendiendo a los sectores productivos: análisis crítico del alcance de la jurisprudencia del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *op.cit.*, p. 110.

⁴⁹³ En este supuesto, el Tribunal de Estrasburgo concluyó que: “aunque la demandante no se encontraba bajo la amenaza de una pena, sí se encontraba en una situación equivalente en cuanto a la gravedad de la amenaza que podía sentir. En efecto, una adolescente, en un país que le era extraño, se encontraba en situación irregular en territorio francés y temía ser detenida por la policía. El matrimonio B alimentaba asimismo este temor y le hacía esperar una regularización de su situación” (párrafo 118).

verbal, sin retribución alguna, sin días de descanso y responsabilizándolas del cuidado de los hijos del matrimonio. Siguiendo el mismo razonamiento que en el caso *Siliadin*, el TEDH concluye en que hubo violación del artículo 4 CEDH por parte de Francia en relación con la primera demandante (C.N.).

Otro caso en que se analiza el trabajo forzoso por parte del TEDH son el caso *C.N. c. Reino Unido*, de 13 de noviembre de 2012, en el que el Tribunal consideró que el Reino Unido no investigó suficientemente las alegaciones de la demandante – C.N. – una mujer ugandesa desde su llegada al país con 23 años, fue sometida a explotación laboral. Asimismo, advirtió que se había producido una vulneración de dicho precepto, por cuanto el Reino Unido no había incorporado el tipo delictivo de servidumbre doméstica. De tal modo que el procedimiento abierto para investigar los hechos no pudo ser totalmente efectivo. Es importante señalar que, con este pronunciamiento, el Tribunal de Estrasburgo expande más su jurisprudencia al reconocer la servidumbre doméstica como una “ofensa específica, distinta de la trata y la explotación que implica un complejo set de dinámicas, que incluyen tanto formas de coerción abiertas como sutiles, para forzar su cumplimiento. Una meticulosa investigación sobre las denuncias de explotación requiere una comprensión de estas formas de coacción” (párrafo 80).

Siguiendo la estela de pronunciamientos del TEDH, encontramos el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, de 7 de enero de 2010, relativo al tráfico de mano de obra de una mujer rusa que se trasladó a Chipre y fue asesinada. Este caso se origina en una demanda presentada contra la República de Chipre y la Federación de Rusia, por un ciudadano ruso, Nikolaï Mikhaïlovitch Rantsev, el demandante, que al amparo de los artículos 2 y 4 del Convenio, reprobaba a las autoridades rusas, que no hubieran investigado sobre el fallecimiento de su hija, Oxana Rantseva, y el trato del que pudo haber sido víctima, y además de no tomar medidas adecuadas para protegerla de dicho trato. Por último, al amparo del artículo 6 del Convenio, se queja del procedimiento de instrucción chipriota y no poder acceder a la justicia chipriota.

Nos interesa, en primer lugar, porque la trata de personas para explotación sexual sigue siendo, de lejos, la forma más extendida de trata en la Unión Europea y sigue en aumento. El 60% de las víctimas son traficadas con fines sexuales, la mitad de ellas pertenecientes a la UE, y más del 90% de las víctimas de trata para explotación sexual son mujeres y niñas. Las mujeres y las niñas han formado sistemáticamente la mayoría de las víctimas de la trata desde 2008, cuando la UE comenzó a recopilar datos sobre la

trata de seres humanos⁴⁹⁴ y se trata de una explotación que hunde sus raíces en las desigualdades por género. En general, ellas están desproporcionadamente afectadas por la esclavitud moderna (trabajo forzoso en la industria sexual comercial, en el ámbito doméstico y como víctimas de matrimonio forzoso, destacadamente)⁴⁹⁵.

En segundo lugar, por el contenido de la investigación complementaria que, a petición del demandante, se realizó sobre el caso. Así, la defensora del Pueblo de Chipre realiza un informe en el que examina el histórico del empleo de jóvenes extranjeras como artistas de cabaret, destacando que la palabra "artista" ha devenido en Chipre sinónimo de "prostituta" y explica que miles de mujeres extranjeras entran de forma legal en Chipre para trabajar de forma ilegal como "artistas", debido a la política aplicada en materia de entrada en el territorio chipriota y a la política de permiso de trabajo en los lugares de esparcimiento y de espectáculos lo que dificulta a las autoridades de la policía demostrar la coacción y la trata, a su vez que entorpece la posibilidad de luchar eficazmente contra esos fenómenos. Estas mujeres se ven presionadas y coaccionadas por los empleadores que les obligan a prostituirse en condiciones atroces que comportan un atentado contra los derechos fundamentales y sobre todo contra la libertad individual y la dignidad humana. El Informe concluye declarando que la trata de personas constituye no sólo la explotación sexual de otros sino también la explotación del trabajo de otros en condiciones de esclavitud o de servidumbre.

Y, destacadamente, en tercer lugar, nos interesa porque el TEDH actualiza el concepto de esclavitud afirmando que este ha evolucionado hacia manifestaciones "actuales" del mismo como la limitación de los movimientos de una persona o de su entorno físico, la existencia de una dominación psicológica, la adopción de medidas que eviten su fuga, el control de la su sexualidad o el trabajo forzoso. Y añade que el tratamiento de las personas como mercancía, la vigilancia continuada de sus movimientos, la utilización de violencia o amenazas, o el sometimiento a condiciones

⁴⁹⁴ De las dificultades de detectar y combatir esta lacra social da una idea el balance estadístico 2014-2018 del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) del Ministerio del Interior, que cifró en un total de 155 las víctimas de trata con fines de explotación sexual en 2017, una cifra que a la vista del impacto económico que esta actividad produce en nuestro país. Así, ese mismo año, según el secretario de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, Mario Garcés, en España la explotación sexual movió unos 4,2 millones de euros al día lo que representa el 0,4 % del PIB.

⁴⁹⁵ Aunque desactualizado, el último informe de la OIT sobre esta cuestión recoge datos del año 2016: OIT, *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, Ginebra, 2017.

de vida muy precarias constituyen manifestaciones actuales del mismo. En sus palabras, “El Tribunal considera que la trata de seres humanos, por su propia naturaleza y afán de explotación, se basa en el ejercicio de potestades vinculadas al derecho de propiedad. Trata a los seres humanos como mercancía que puede ser comprada y vendida y sometida a trabajo forzado, con frecuencia a cambio de una remuneración minúscula o inexistente, habitualmente en la industria del sexo, pero también en otras. Implica la estrecha vigilancia de las actividades de las víctimas, cuyos movimientos se ven con frecuencia circunscritos. Conlleva el uso de violencia y amenazas contra las víctimas, que viven y trabajan en pobres condiciones.” (párrafo 281).

Estas características hacen irrelevante, a juicio del Tribunal, analizar si el trato infligido a la demandante responde con exactitud en los conceptos de esclavitud, servidumbre, o trabajo forzoso del art. 4 del Convenio. Y concluye que el mismo concepto de “trata” implica una violación *per se* del artículo 4 CEDH considerando “innecesario identificar si el trato por el que reclama el demandante constituye ‘esclavitud’, ‘servidumbre’ o ‘trabajo forzoso y obligatorio’” y obliga a los Estados a adoptar políticas globales en las que combinen medidas preventivas y de protección de las víctimas junto con la penalización de los traficantes. El TEDH declara que Chipre violó el mencionado precepto por no adoptar las medidas de protección que protegieran a la víctima del tráfico y Rusia lo vulneró por su inactividad investigadora.

Comparando las sentencias en el caso *Siliadin* y *Rantsev* –anteriormente mencionada– se puede apreciar una evolución en el concepto de esclavitud⁴⁹⁶ para adaptarlo a las realidades emergentes incompatibles con la dignidad humana. Así, en *Siliadin* el TEDH admitió que la trabajadora doméstica no se encontraba estrictamente en una situación de esclavitud, aunque la protegió igualmente por vulneración del artículo 4 CEDH. En *Rantsev*, el Tribunal equipara tráfico de mano de obra y esclavitud porque en ambos se incluye el concepto de propiedad sobre una persona y de la consideración de ésta como una mercancía. Este concepto de esclavitud actualizado ha supuesto un avance significativo, pero uno de los puntos débiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de trata es la falta de clarificación del alcance de la obligación de los Estados de establecer políticas migratorias “dentro un marco jurídico y administrativo

⁴⁹⁶ Seguimos a CABEZA PEREIRO, Jaime, “La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015, pp. 79-101.

adecuado” que impidan la trata con fines de explotación⁴⁹⁷. Precisamente, al no examinarse si existe o no legislación efectiva contra la esclavitud en el país demandado, nuestro país no resultó condenado en el caso *G. J. c. España*, de 21 de junio de 2016. En este caso, la demandante era una mujer nigeriana contra la que se dictó una orden de expulsión estando pendiente de resolver su primera solicitud de asilo que terminará siendo rechazada. Al carecer de documentación, es internada en un Centro de Internamiento de Extranjeros y presenta una segunda solicitud de asilo alegando ser víctima de trata con fines de explotación sexual. Esta petición también se inadmite se recurre solicitando que se suspenda la orden de expulsión mientras se resuelve su solicitud de asilo. Sin embargo, acaba siendo deportada en virtud de la orden. Antes de su expulsión, había otorgado poderes a la asociación *Women’s Link Worldwide* que solicitó un período de reflexión para la demandante como víctima de trata que no fue atendido en ninguna de las instancias internas en las que se reclamó, hasta la inadmisión del amparo solicitado ante el Tribunal Constitucional. El TEDH declara inadmisibles la demanda por cuestiones procesales y carecer WLW de capacidad procesal para interponerla. La cuestión crítica a resolver es el “solapamiento” entre la lucha contra la migración irregular y algunos aspectos que se dan en la trata (cruce irregular de fronteras, estancia en territorio nacional sin permisos adecuados, actividad económica irregular...). Los esfuerzos de los Estados deberían centrarse, pues, establecer políticas migratorias que no favorezcan la explotación y que, a la vez, permitan identificar a las víctimas de trata que entremezclan incumplimientos de la política migratoria y control de fronteras.

Asimismo, esta doctrina jurisprudencial falla en la protección a las víctimas porque no ha aceptado como suficientes las alegaciones de sospecha de trata, sino que requiere que esta haya sido probada⁴⁹⁸. Esto tiene como consecuencia que sean admisibles

⁴⁹⁷ MESTRE I MESTRE, Ruth, “La jurisprudencia en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado”, *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, Monográfico sobre Cuerpos, mercados y sexualidades: continuidades, paradojas y disidencias, núm. 4, 2020, pp. 208-226.

⁴⁹⁸ Mestre i Mestre lo ejemplifica con el caso *V.F. c. Francia* porque si bien el TEDH era consciente de las dificultades de las víctimas en el acceso a la justicia y protección, confirmó que la demandante había sido víctima de trata pero descartó la responsabilidad de las autoridades porque desconocían los hechos que la víctima nunca comunicó su situación ni solicitó asilo (MESTRE I MESTRE, Ruth, “La jurisprudencia en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado”, *op. cit.*, p. 211). Otras sentencias del TEDH en las que se pronuncia sobre denegación de solicitudes de protección internacional y riesgo de la persona de ser sometida a trabajos forzados, servidumbre o esclavitud son los casos *L.R. c. Reino Unido*, de 14 de junio de 2011; *Idemugia c. Francia*, de 27 de marzo de 2012 y *O.G.O. c. Reino Unido*, de 18 de febrero de 2014.

sistemas jurídicos en los que se adopta una legislación que prioriza el control fronterizo contra la inmigración irregular y permite la expulsión de las víctimas de trata por carecer de permisos de estancia o residencia en perjuicio de la detección y protección de las mismas, línea que se mantiene en la más reciente STEDH, Gran Sala, de 25 de junio de 2020, en el caso *S.M. c. Croacia*, relativo a la trata de personas y explotación sexual con fines de prostitución que ha sido criticada⁴⁹⁹. La demandante, de nacionalidad croata, inició un procedimiento penal contra el hombre con quien mantuvo una relación –antiguo policía– porque la había obligado a prostituirse. El juzgado de lo penal absolvió al demandado porque no quedó probado que la forzase a prostituirse. El TEDH examinó, en primer lugar, la aplicabilidad del artículo 4 CEDH a un supuesto de explotación sexual de mujeres con fines de prostitución y concluyó que era aplicable haciendo referencia a numerosos instrumentos internacionales. En segundo lugar, el Tribunal confirmó su jurisprudencia sobre tráfico de personas insistiendo en la obligación de los Estados de actuar positivamente para combatir la trata de seres humanos y determinó que, por un lado, Croacia había cumplido con su obligación de contar con una legislación apropiada y que había prestado apoyo y asistencia suficiente a la demandante pero, por otro lado, consideró que las autoridades croatas no habían realizado un esfuerzo serio para seguir líneas obvias de investigación, y la dependencia excesiva del testimonio de la víctima sin tener en cuenta el posible impacto del trauma psicológico.

Volviendo a España, el Tribunal Constitucional también ha tenido ocasiones de pronunciarse sobre el alcance de la prohibición de los trabajos forzados en el ámbito de la explotación sexual. Con carácter previo, destacamos que el Tribunal Constitucional delimitó negativamente el concepto de trabajo forzado y, alineado con la jurisprudencia del TEDH⁵⁰⁰, en la STC 116/2002, de 20 de mayo, determinó que no tienen la consideración de trabajos forzados, los impuestos a los reclusos para mantener el buen orden y limpieza de los establecimientos penitenciarios.

⁴⁹⁹ Una lectura crítica de la interpretación del TEDH en este pronunciamiento, en TRUJILLO DEL ARCO, Ángela, “El Asunto S.M. c. Croacia: del nuevo abolicionismo de la prostitución en el CEDH y del desastre interpretativo del TEDH”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 51, 2020.

⁵⁰⁰ El artículo 4 CEDH también contempla excepciones: “3. No se considera como «trabajo forzado u obligatorio» en el sentido del presente artículo: a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional. b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio. c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad. d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.”

La jurisprudencia constitucional que directamente se ha pronunciado sobre la explotación de la prostitución ajena es escasa. Se trata de cinco sentencias y un auto en los que se resuelven recursos de amparo⁵⁰¹ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) por pronunciamientos que imponen condenas a los demandantes por delitos contra los derechos de los trabajadores, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y/o de favorecimiento de la prostitución. El TC destaca que los inculpados-recurrentes de amparo emplean a inmigrantes ilegales que carecen de permiso de trabajo o residencia aprovechándose de esta situación, bajo normas y condiciones que atentan a la dignidad de la persona como tal persona y como potencial trabajador. A mayor abundamiento, en el caso de mujeres extranjeras explotadas sexualmente, al encontrarnos ante una relación laboral con causa ilícita, se les impone una situación laboral por debajo de los derechos mínimos legales, de la que se beneficia el empleador que no asume la carga de cubrir los derechos legales de quienes trabajan para ellos.

En sus pronunciamientos, el Tribunal Constitucional no se pronuncia sino secundariamente sobre el bien jurídico protegido por el tipo delictivo por lo que apenas hay referencias al concepto de dignidad humana pero el Alto Tribunal valida mayoritariamente los fallos recurridos de Audiencias Provinciales o de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Los hechos enjuiciados responden a un patrón de conducta muy similar por lo que nos limitaremos a comentar dos sentencias especialmente significativas.

En primer lugar, la STS Sala de lo Penal, de 30 de junio de 2000, pone de relieve la conducta despreciable de dos empresarios condenados por un delito contra la libertad y seguridad de los trabajadores en relación con un argelino que estaba en trámites de regular su situación, al que obligaron a firmar un contrato como esclavo. El Tribunal Supremo anula el fallo de la Audiencia Provincial de Guadalajara que había absuelto a los acusados y refuta los argumentos en los que se basó, destacadamente, que los inmigrantes ilegales carecen de derechos laborales. Los recurrentes discrepan de esta argumentación y sostienen que “los inmigrantes ilegales no tienen derecho al trabajo y por lo tanto no pueden ser víctimas de maquinaciones o procedimientos que le perjudiquen en sus derechos laborales porque ya están excluidos de ellos por su

⁵⁰¹ SSTC 129/1996, de 9 de julio; 163/2004, de 4 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; 344/2006, de 11 de diciembre; 9/2011, de 28 de febrero y ATC 518/2004, de 20 de diciembre.

condición de ilegales. El Tribunal Supremo, con acierto, razona que, así expresado el argumento, constituía toda una invitación a los empleadores a la contratación de emigrantes ilegales en cualesquiera condiciones porque no estarían sujetos a ninguna normativa. Este razonamiento es claramente incompatible con la definición constitucional del Estado como “social” y si bien el inmigrante ilegal no está incluido en el artículo 35 CE, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, no pudiendo constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal. “Cuando un particular”, añade el Tribunal Supremo, “de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante ilegal, no por ello, puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana, como hacerle firmar el «contrato de esclavo», cuya sola lectura producía sonrojo, y menos tratar de convertirlo en «broma» cuando el firmante lo acepta porque quería a toda costa legalizar la situación, sometiéndose a esa calificación y el trato subsiguiente, trabajar sin cobrar, solo por la alimentación.”

Estrechamente conectado con los trabajos forzosos está el delito de trata de seres humanos, tipificado en el artículo 177 bis CP⁵⁰² relativo a la trata de seres humanos que tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Este precepto, introducido por la modificación operada por la LO 5/2010, separó los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que se trataban unificadamente en el texto del anterior artículo 318 bis⁵⁰³ y permitió cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales contenidos en la

⁵⁰² El artículo 177 bis CP castiga como “recurso de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzosos, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzosos. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.”

⁵⁰³ Aunque diferenciados la trata de seres humanos, el tráfico ilícito de migrantes y la migración son cuestiones interrelacionadas. La migración, cuando tiene lugar a través de métodos irregulares, suele implicar la participación de un traficante que “ayuda” al migrante a cambio de una suma de dinero. Con la liquidación de esta deuda, en principio, la relación entre el migrante y el traficante ha finalizado. Frente a esta situación, la trata implica el traslado de personas con fines de explotar su trabajo o sus servicios. La inmensa mayoría de las víctimas de la trata son trabajadores migrantes que se trasladan al extranjero porque les han informado de empleos bien remunerados y contactan con individuos que les ofrecen encontrarles empleo y encargarse de los preparativos del viaje. Cuando las víctimas de la trata descubren que el empleo que les ofrecieron no existe y se ven obligadas a trabajar –mediante amenazas, coacciones y exigencias de pagos adicionales– en empleos o en condiciones que no acordaron.

Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/AJ⁵⁰⁴.

En aplicación de este delito se dicta la segunda sentencia que destacamos: la STS 396/2019, de 24 de julio de 2019, en la que se expone que el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual se comete en algunos clubs de alterne, salpicados por la geografía nacional, donde la dignidad humana carece de la más mínima significación, en los que se obliga a ejercer la prostitución a mujeres extranjeras traídas a España, como si fueran “seres cosificados”, de los que se intenta obtener el máximo rendimiento económico, mientras son explotadas⁵⁰⁵.

La sentencia explica que, tras la tipificación del delito de trata de seres humanos como delito autónomo, la diferenciación entre el tráfico ilícito de migrantes – artículo 318 bis – y la trata de personas –artículo 177 bis– ha sido confusa. Aunque ambas conductas entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio, la Sala destaca que, en el caso de la trata, deben darse dos elementos adicionales con respecto a la inmigración ilegal: primero, una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y, segundo, un propósito de explotación, principalmente sexual.

El bien jurídico protegido en este delito lo centraliza la doctrina en la dignidad humana y la integridad moral. La integridad moral, definida por el Tribunal Constitucional como “el derecho a ser tratado como un ser humano libre y digno, que conlleva la exigencia de respeto por parte de todos” (STC 120/1990, de 2 de julio) y la dignidad humana entendida para un amplio sector doctrinal como como fundamento de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

Para finalizar, debemos destacar que son estos colectivos vulnerables, entre los que se cuentan los trabajadores migrantes, sobre los que reiteradamente se alerta en los

⁵⁰⁴ En España reviste especial interés el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, adoptado mediante Acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial. Este Protocolo señala las distintas fases por las que atraviesa una posible víctima de trata desde su detección, indica las actuaciones a llevar a cabo en cada fase e identifica a las administraciones públicas implicadas, estableciendo los mecanismos de coordinación entre ellas y su relación con otras organizaciones con experiencia acreditada en la asistencia a víctimas.

⁵⁰⁵ El *modus operandi* de estos traficantes consiste, básicamente, en reclutar a mujeres extranjeras a las que recluyen en pisos o locales, les retiran el pasaporte y las compelen al ejercicio de la prostitución bajo amenazas e incluso agresiones físicas.

tratados internacionales sobre derechos humanos para obligar a los Estados a respetar el derecho al trabajo sin discriminación en el acceso para que les permita llevar una existencia digna y destacar que la prohibición del trabajo forzoso no solo incluye la prohibición de trabajo forzoso sino la de limitar o denegar el acceso al trabajo digno a todas las personas, especialmente a los individuos y grupos desfavorecidos y marginados, entre ellos, los trabajadores migratorios. Además, debe recordarse que los casos que se plantean frente a los tribunales por violación de estas obligaciones son una parte muy pequeña de aquellos que, potencialmente, cabría someter puesto que es fácil pensar en diversas causas que impidan la denuncia: en primer lugar, las dificultades de acceso de las personas víctimas de explotación a la justicia; en segundo lugar, la necesidad de que se continúe adaptando la interpretación jurisprudencial de la normativa que prohíbe estos trabajos forzosos y esclavizantes; en tercer lugar, la necesidad de que la política de inmigración aplicada en la práctica por agentes de la autoridad distinga los aspectos en los que interfiere con los casos de trata de seres humanos para trabajos forzados; y, en último lugar, la falsa creencia que la esclavitud y el trabajo forzado es una cuestión superada sin que el impacto de las nuevas esclavitudes sean conocidas en toda su extensión.

Retomando la jurisdicción del TJUE he encontrado una jurisprudencia sobre captación de personas con fines de explotación sexual, en el asunto C-769/19 de 21 de octubre de 2019, que prosperó por vicios en el escrito de acusación; pero que sirve para visibilizar que la trata está actualmente en la línea de trabajo del Tribunal de Justicia. Sucintamente se refiere el mencionado asunto a la acusación de dos personas, por dirigir una organización criminal, junto con otras personas ya condenadas en el proceso, con el fin de cometer con ánimo de lucro delitos a los que se refiere el artículo 159a del Código Penal de Bulgaria, consistente en la trata de seres humanos; en este caso de mujeres dentro del país como en el extranjero, tipificado como delito de organización criminal tipificado en el artículo 321, con la de captación de tres mujeres con el fin de prostituirlas prometiéndoles beneficios, además de posesión de sustancia estupefaciente, que para este estudio no interesa. Pese a la dificultad que entraña sistematizar las distintas formas que puede presentar la trata de seres humanos, todas ellas implican un trato degradante o inhumano, y con ello, la vulneración de bienes jurídicos personalísimos, como el derecho a la vida, la salud, la libertad y la seguridad, la libertad

sexual, la intimidad, etc.⁵⁰⁶. Sería importante reflexionar sobre las razones de la restringida aplicación institucional de la normativa de Protección Internacional a las mujeres tratadas sexualmente, que tienen temores fundados a regresar a su país. En un primer momento la administración rechaza, por lo general, las peticiones de derecho de asilo basadas en ser víctimas de explotación sexual; y ya en vía judicial subsisten importantes obstáculos para revocar la decisión administrativa. El Convenio de Estambul (2011) y reciente jurisprudencia de los tribunales europeos (2016) ofrecen nuevas claves interpretativas para su reconocimiento como violencia basada en el género y forma de persecución que es motivo de Protección Internacional, en su modalidad de asilo o protección subsidiaria, con garantías de no devolución⁵⁰⁷. Siguiendo a la autora, en los casos de trata existe la noción preconcebida del “consentimiento” de estas mujeres, siendo esta idea lo problemático en el momento de la valoración y aplicación de la ley cuando no se utiliza la perspectiva de género necesaria para analizar las circunstancias, tratándose muchas veces como movilidad forzosa motivada por las circunstancias de pobreza y exclusión. Lo vemos en el caso de las personas víctimas de trata seducidas que “caen en la trampa” debido a las falsas promesas, la información errónea o incompleta sobre las regulaciones migratorias o que en la mayoría de los casos actúan llevados por la desesperación económica o la violencia extrema.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), Asunto C-646/16, de 26 de julio de 2017, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria. El procedimiento fue iniciado por Khadija Jafari, Zainab Jafari, de nacionalidad afgana, contra las decisiones adoptadas por la Oficina Federal de Inmigración y Asilo, Austria, que declaró la inadmisibilidad de sus solicitudes de protección internacional ordenándose que fueran expulsadas y se hizo constar que la devolución de estas personas a Croacia era lícita. Dentro del marco jurídico está de aplicación el Acuerdo Schengen, que en el considerando 6 dictaba:

«(6) El control fronterizo no se efectúa únicamente en interés de los Estados miembros en cuyas fronteras exteriores se realiza, sino en interés del conjunto de los

⁵⁰⁶ CONSEJO DE EUROPA, Resolution 1702 (2010), Action against trafficking in human beings: promoting the Council of Europe convention (<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta10/eres1702.htm>)

⁵⁰⁷ MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada, “Trata sexual de mujeres: nuevas claves para el derecho de asilo”, en *El delito de trata de seres humanos*, p. 3.

Estados miembros que han suprimido los controles en sus fronteras interiores. El control fronterizo debe contribuir a la lucha contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos, así como a la prevención de cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública y a las relaciones internacionales de los Estados miembros» que fue modificado en 2016⁵⁰⁸.

Los hechos se sucedieron así: las dos mujeres Jafari abandonaron Afganistán en diciembre de 2015 junto con sus hijos, viajaron a través de Irán, Turquía, Grecia, la Antigua República Yugoslava de Macedonia y Serbia, cruzando la frontera entre este último Estado y Croacia en 2016, y las autoridades croatas organizaron su transporte en autobús hasta la frontera eslovena. A continuación, las mujeres y sus hijos entraron en Eslovenia. En febrero de 2016, las autoridades eslovenas les entregaron unos documentos policiales que indicaban que el destino de su viaje era, para una de ellas, Alemania y, para la otra, Austria. Ese mismo día, tras haber entrado en Austria, ambas mujeres solicitaron protección internacional para ellas mismas y para sus hijos. Empieza así la travesía sin fin de muchas mujeres solicitantes de asilo que son proclives a ser víctimas de trata de personas en su itinerario de llegada a Europa en busca de una vida mejor, que culminó con lo dictaminado por el Tribunal de Justicia, no se considera “visado” que las autoridades de un primer Estado miembro hayan permitido la entrada de las mujeres y sus hijos, a la vez que considera que han “cruzado de forma irregular” las fronteras del primer Estado miembro.

Con respecto a la trata, interesa el informe de la Comisión Europea⁵⁰⁹ de 2020 que nos expone que en 2017 y 2018 se registraron en la UE un total de 14. 145 víctimas de trata. En este periodo, las mujeres y las niñas han continuado siendo las principales

⁵⁰⁸ Artículo 16 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO L 77 de 23.3.2016, p. 1) “les permitan detectar y afrontar situaciones que planteen riesgos para personas vulnerables, como los menores no acompañados y las víctimas de la trata de seres humanos”.

⁵⁰⁹ El 20 de octubre de 2020 la Comisión Europea publicó su tercer informe sobre los avances realizados en la lucha contra la trata de seres humanos que cubre el periodo 2017-2019. Este Informe identifica patrones y desafíos clave para abordar la trata de seres humanos, proporciona un análisis de estadísticas, y describe los resultados de las acciones contra la trata llevadas a cabo en el marco de la UE. El tercer informe se complementa con dos documentos mucho más extensos que ofrecen una visión más detallada, completa y fundamentada de las principales conclusiones presentadas en el mismo. El primero de ellos se centra en el análisis de tendencias recientes en el marco de la trata de seres humanos (incluido un análisis del impacto de la pandemia debido al Covid-19, así como de la intersección entre Trata, Asilo y Migración, identificación de víctimas y su acceso a derechos, incluido el derecho a la justicia), mientras que el segundo aporta un análisis estadístico sobre la trata de seres humanos en Europa en los últimos dos años (informe-de-la-comision-europea-sobre-los-avances-en-la-lucha-contra-la-trata-de-seres-humanos-2017-y-2018/).

víctimas registradas (72%). Casi la mitad de las víctimas registradas (49%) fueron ciudadanos miembros de países de la UE. Más de un tercio (34%) de las víctimas fueron tratadas en propio país. La explotación sexual sigue siendo la finalidad más común de trata (60% de las víctimas registradas). El 92% de las víctimas de trata con fines de explotación sexual registradas fueron mujeres y niñas. El 15% de todas las víctimas de trata registradas en la EU lo fueron con fines de explotación laboral. El 68% de las víctimas de trata con esta finalidad de explotación registradas fueron hombres víctimas de trata especialmente en sectores como la agricultura y la construcción. En estos años se ha constatado un incremento del número de mujeres víctimas de trata explotadas en el empleo del hogar en trabajo doméstico, en las tareas de cuidados y en el sector de la limpieza.

Definitivamente la crisis social, política y económica que vive la humanidad en este último lustro, ha incrementado los flujos migratorios ya sea en forma de migrantes económicos o solicitantes de asilo, escenario en el que la trata de personas con fines de explotación sexual o laboral se incrementa “a medida que la globalización ahonda las diferencias entre el mundo rico y el mundo pobre; y a medida que la comunidad internacional es incapaz de dar respuesta a las crisis económicas y humanitarias que sufren algunas zonas del mundo. Cuando los Estados establecen mayores barreras para las personas el tráfico ilegal se incrementa, por lo que las soluciones basadas en la restricción de la inmigración y las sanciones para la que se produce ilegalmente parecen claramente insuficientes”⁵¹⁰.

Ha llegado la hora de hacer frente al futuro de la política comunitaria inmigratoria en general, y en particular por razones económico-laborales. Como argumenta el Molina Navarrete⁵¹¹ debemos “comparar el enfoque propuesto, tantas veces como fallido, por la UE en relación al que propone la comunidad mundial hoy (ONU, OIT), según ilustra también la referida contraposición entre lo que diagnostica la UE y lo que realmente hace (...) no hay duda de que el enfoque global de gobernanza mundial que propone el Pacto de la ONU halla un claro referente en el “Enfoque Global de la Migración y la Movilidad” que, allá por 2011, promoviera la Comisión Europea”.

⁵¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social Internacional y Comunitario*, 32, Madrid, 2017, p. 39.

⁵¹¹ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Políticas comunitarias de gobernanza de las inmigraciones laborales y su impacto en el derecho español: crisis, contradicciones y nuevos horizontes”, *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea*, pp. 295-296.

Interesa mencionar la Carta Social Europea, que reconoce derechos laborales y protege en situaciones del ámbito laboral, aunque no directamente el tema de la trata de personas o la explotación laboral, en tanto los supuestos de explotación laboral en relación con la trata de personas atraviesan la Carta Social Europea. Respecto a ello, los artículos 1 y 2 CSE sobre el derecho al trabajo de libre elección con unas condiciones laborales equitativas; el artículo 3 que trata el derecho de las personas trabajadoras a tener aseguradas unas condiciones de seguridad e higiene en el trabajo; también el artículo 4 sobre una remuneración suficiente y justa.

5. LA DIGNIDAD DEL TRABAJO INMIGRANTE EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES

5.1. Negociación colectiva y acción colectiva, con arreglo a las prácticas de los Estados miembros

La STJUE de 18 de diciembre de 2017⁵¹² resuelve la cuestión prejudicial e interpreta los artículos 49 TCE⁵¹³ y 3 de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, sin convenio colectivo en el lugar de realización del trabajo. Se trata de una sentencia que, junto con la dictada ese mismo año en el asunto *Viking*, ha tenido gran impacto en el modelo socio-laboral de los Estados miembros de la UE otorgando, no sin críticas doctrinales⁵¹⁴, prioridad a las libertades económicas sobre los derechos socio-laborales; al tiempo que, como se verá después, ha planteado discrepancias con el Consejo de Europa desde la perspectiva de la Carta Social Europea y la interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales⁵¹⁵.

Laval es una sociedad letona cuyo domicilio social se encuentra en Riga. Esta empresa desplazó a Suecia a 35 trabajadores aproximadamente, entre mayo y diciembre de 2004, para la ejecución de obras contratadas por L&P Baltic Bygg AB (en lo sucesivo, «Baltic»), sociedad sueca de la que Laval tenía el 100% de su capital hasta el final de 2003, en particular para la construcción de un centro escolar en Vaxholm.

⁵¹² STJUE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, asunto C-341/05.

⁵¹³ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (vigente hasta el 1 de diciembre de 2009).

⁵¹⁴ Es crítica puede leerse en ASTOLA MADARIAGA, Jasone, “Lo social y lo económico en los Tratados de la Unión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 2009, pp. 376-377.

⁵¹⁵ En este sentido, JIMENA QUESADA, Luis, “La protección constitucional de las relaciones laborales transnacionales”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 132, 2017, pp. 49-78.

Los convenios colectivos con el sindicato letón de trabajadores de la construcción fueron firmados en Letonia en 2004. La empresa no estaba vinculada por ningún convenio colectivo celebrado con Byggnads, Byggettan o Elektrikerna, (el Sindicato sueco de los trabajadores de la construcción; la Sección sindical núm. 1 de dicho sindicato, y el Sindicato sueco de los electricistas, respectivamente), los cuales no tenían ningún afiliado entre el personal de Laval. Alrededor del 65% de los trabajadores letones afectados estaban afiliados al sindicato de los trabajadores de la construcción en su Estado de origen.

Ese mismo año se establecieron relaciones entre Byggettan, por una parte, y Baltic y Laval, por otra, para iniciar negociaciones a fin de lograr la adhesión de Laval al convenio colectivo de la construcción. Laval pidió que los salarios y las demás condiciones de trabajo se definieran paralelamente a estas negociaciones. Las negociaciones no llegaron a alcanzar el resultado deseado por lo que las empresas suecas decidieron poner en práctica, contra Laval, las medidas de conflicto colectivo. Se dio inicio a un bloqueo de las obras de Vaxholm, que consistía en impedir la entrega de mercancías en el lugar de las obras, emplear piquetes de huelga e imposibilitar la entrada a las obras de los trabajadores letones y de sus vehículos. Laval solicitó la intervención de las fuerzas de la policía, que no pudieron intervenir puesto que las medidas de conflicto colectivo eran lícitas según el Derecho nacional.

En este caso, la petición de decisión prejudicial se refiere a la interpretación de los artículos 12 TCE⁵¹⁶ y 49 TCE⁵¹⁷, así como de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁵¹⁸.

La empresa Laval entabló el procedimiento judicial para lograr que se declararan ilegales tanto las medidas de conflicto colectivo del Sindicato y de su sección uno –

⁵¹⁶ Art. 12 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (vigente hasta el 1 de diciembre de 2009): “En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”.

⁵¹⁷ Art. 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (vigente hasta el 1 de diciembre de 2009): “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación. El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad”.

⁵¹⁸ D.O. n.º L 018 de 21/01/1997.

medidas que afectaban a todas las obras en las que intervenía dicha sociedad– como la acción de solidaridad del Sindicato de Electricistas, consistente en un bloqueo de todos los trabajos de electricidad en curso; a su vez pretendía conseguir que se ordenara finalizar dichas acciones y, por último, que se condenara a las citadas organizaciones sindicales a indemnizar el perjuicio sufrido por ella.

De acuerdo a las observaciones planteadas por los Gobiernos danés y sueco, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo constituye un derecho fundamental que, como tal, está excluido del ámbito de aplicación del artículo 49 TCE y del de la Directiva. No obstante, aunque “se reconoce que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, pero su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones. Así lo reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es un derecho protegido de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”⁵¹⁹.

Para abordar las cuestiones planteadas, el Tribunal de Justicia se remite a las precedentes sentencias *Schmidberger* y *Omega*, en donde declaró que el ejercicio de los derechos fundamentales objeto de aquellos asuntos, a saber, las libertades de expresión y de reunión, en un caso, y el respeto de la dignidad humana, en el otro, no está excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado. Este ejercicio debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y debe ser conforme con el principio de proporcionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Schmidberger*, apartado 77, y *Omega*, apartado 36).

Por otra parte, sobre las materias a las que pueden referirse las condiciones de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores desplazados, el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 96/71 “establece que los Estados miembros velarán porque, en un escenario de prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas aseguren a los trabajadores desplazados en su territorio, condiciones de trabajo y empleo referentes a los períodos máximos de trabajo y los períodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; las condiciones de suministro de mano de

⁵¹⁹ Apartado 91.

obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes, y la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación”⁵²⁰.

Finalmente, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) efectúa una ponderación de los derechos y libertades en juego haciendo prevalecer las libertades económicas sobre los derechos laborales, declarando en su fallo:

“1) Los artículos 49 TCE y 3 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en un Estado miembro en el que las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de esta Directiva se encuentran en disposiciones legales, excepto las cuantías de salario mínimo, una organización sindical pueda intentar obligar, mediante una medida de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de las obras, como la controvertida en el asunto principal, a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a iniciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de estas materias, condiciones más favorables que las derivadas de las disposiciones legales pertinentes, mientras que otras cláusulas se refieren a materias no previstas en el artículo 3 de dicha Directiva.

2) Los artículos 49 TCE y 50 TCE se oponen a que, en un Estado miembro, la prohibición impuesta a las organizaciones sindicales de adoptar medidas de conflicto colectivo con el fin de derogar o modificar un convenio colectivo celebrado por terceros, esté supeditada a que las medidas tengan relación con las condiciones de trabajo y empleo a las que se aplique directamente la legislación nacional”.

Este pronunciamiento del TJUE contrasta, tal como hemos anticipado, con la interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), concretamente con la vertida en su Decisión de fondo de fecha 3 de julio de 2013 (de resolución de la Reclamación colectiva núm. 85/2012, Confederación General del Trabajo de Suecia y

⁵²⁰ Apartado 73.

Confederación General de directivos, funcionarios y empleados c. Suecia): en el apartado 133 de la Decisión, el CEDS considera claramente que “a tenor del art. 19.4, los Estados deben, con el fin de contribuir a la mejora de la situación jurídica, social y material de los trabajadores migrantes y sus familias, garantizar un cierto número de normas mínimas con respecto, *inter alia*, a) la remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; y b) afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos. A este respecto, los Estados deben demostrar la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, en la legislación y en la práctica. Se les exige igualmente que mantengan una acción positiva y continua para asegurar un trato más favorable a los trabajadores migrantes”. Con estos parámetros, “el CEDS entendió desproporcionadas esas restricciones al derecho de los sindicatos de llevar a cabo acciones colectivas en tal dirección, al tiempo que consideró que no se había garantizado un tratamiento no menos favorable, en materia de remuneración y otras condiciones laborales, a los trabajadores desplazados. Concretamente, adoptando una postura divergente de la del TJUE, el CEDS concluyó una violación de los apartados 2 y 4 del art. 6 (derecho a la negociación colectiva), así como de las letras a) y b) del art. 19.4 (derecho de los trabajadores migrantes a recibir un trato no menos favorable que los nacionales en materia de remuneración y demás condiciones laborales, y de afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas ofrecidas por los convenios colectivos) de la CSE”⁵²¹. En suma, siguiendo a Jimena Quesada, “el CEDS perfila su argumentación (apartados 134 a 142) conducente a la conclusión según la cual la situación en Suecia de los trabajadores desplazados era contraria a las letras a) y b) del art. 19.4 CSE, a través de un exigente test de igualdad del que se desprende el tendencial juego de inversión de la carga de la prueba de un lado y, de otro, el peso sobre los Estados Partes de las obligaciones positivas. Todo ello, sin duda, teniendo en mente la posición más débil de esos trabajadores desplazados”⁵²².

⁵²¹ JIMENA QUESADA, Luis, “La protección constitucional de las relaciones laborales transnacionales”, *op.cit.*, pp. 52-53.

⁵²² *Ibidem*, pp. 55-56.

5.2. Permisos de trabajo

5.2.1. Supuestos fraudulentos de explotación y trata en perjuicio de la persona trabajadora extranjera

Como es sabido, una de las dimensiones que más ha afectado a la dignidad de la persona trabajadora migrante ha sido la relativa a los obstáculos encontrados para obtener los permisos de trabajo asociados a los permisos de residencia. A este respecto, la jurisprudencia española (impregnada en mayor o menor medida por la jurisprudencia europea) ha modulado a veces dichos obstáculos cuando entraba en juego la reagrupación familiar u otros aspectos relacionados con el arraigo. Procede, por tanto, acercarse a algunos pronunciamientos significativos de diversas Salas del Tribunal Supremo, así como de otros órganos jurisdiccionales ordinarios.

En esta línea, destaca el caso sobre extranjería de la STS de 27 de abril de 1999⁵²³, que trata específicamente del permiso de trabajo y la preferencia existente para la obtención del mismo por cónyuge de nacional español, además del deber legal de convivencia y protección constitucional a la familia, abordando el supuesto de un ciudadano extranjero casado con mujer de nacionalidad española que fue sometido a procedimiento de expulsión de territorio español, por carecer de permiso de trabajo y residencia. En el proceso contencioso-administrativo se había cuestionado la adecuación al ordenamiento jurídico de la resolución administrativa dictada por el Ministerio del Interior, por la que se decidió la expulsión del territorio nacional del recurrente Sami M.M.S.A., acuerdo de expulsión que fue confirmado por la sentencia de que se trata. Ante tal pronunciamiento, hemos de efectuar una crítica en clave constitucional, puesto que en el capítulo III CE no solo hay principios sino también derechos. Entendiéndose que el precepto invocado es el art. 39 CE en cuyo núm. 3 se establece el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos de matrimonio, lo que, *a sensu contrario*, supone reconocer el derecho de los hijos –nótese: “habidos dentro o fuera de matrimonio”– a esa asistencia de los padres. En este caso en ningún párrafo se habla de dignidad, aunque sí de la igualdad, el derecho a la igualdad de los hijos –nacidos o no dentro del matrimonio– a recibir asistencia por parte de sus progenitores. Se trata claramente de un caso de protección social de los trabajadores y de las personas a su cargo, sus hijos. Una protección que, además, viene reforzada por el ya mencionado art.

⁵²³ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 27 de abril de 1999, recurso de casación 127/1995.

19 CSE que apunta no sólo a la persona trabajadora migrante, sino expresamente a sus familiares⁵²⁴.

Desde otra perspectiva, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, concretamente en la STS 995/2000⁵²⁵, se pronunció en materia de delitos contra los derechos de los trabajadores con imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudican los derechos reconocidos, a consecuencia de la utilización de maquinaciones o procedimientos maliciosos gravemente atentatorios contra la dignidad humana (entre ellas, forzar a un inmigrante ilegal a firmar un «contrato de esclavo»), produciéndose unos ilícitos laborales criminalizados que tienden a proteger, como sujeto pasivo del delito, a los trabajadores ilegales. En concreto, los acusados Rafael y José María, administradores solidarios de la empresa Construcciones y Reparaciones LL., S.L., sabían que el ciudadano argelino K.M. había solicitado asilo en España en 1995 y que le

⁵²⁴ Vale la pena reproducir el art. 19 de la Carta Social Europea revisada de 1996 (*derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia*): “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte, las Partes se comprometen: 1) a mantener o a cerciorarse de que existen servicios gratuitos adecuados para ayudar a estos trabajadores, y particularmente para suministrarles informaciones exactas, y adoptar las medidas oportunas en tanto que lo permitan las leyes y reglamento nacionales, contra toda propaganda engañosa sobre emigración e inmigración; 2) a adoptar, dentro de los límites de su jurisdicción, medidas apropiadas para facilitar la salida, el viaje y la acogida de estos trabajadores y sus familias, y a proporcionarles durante el viaje, dentro de los límites de su jurisdicción, los servicios sanitarios y médicos necesarios, así como unas buenas condiciones de higiene; 3) a promover la colaboración, requerida en cada caso, entre los servicios sociales, públicos o privados, de los países de emigración e inmigración; 4) a garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por leyes o reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber: a remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; b afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos; c alojamiento; 5) a garantizar a esos trabajadores, cuando se encuentren legalmente dentro de su territorio, un trato no menos favorable que el que reciben sus propios nacionales en lo concerniente a impuestos, tasas y contribuciones relativos al trabajo, a cargo del trabajador; 6) a facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio; 7) a garantizar a dichos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo relativo a las acciones procesales sobre las cuestiones mencionadas en el presente artículo; 8) a garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territorio, que no podrán ser expulsados, excepto si amenazan la seguridad del Estado o atentan contra el orden público o las buenas costumbres; 9) a permitir, dentro de los límites fijados por las leyes, la transferencia de cualquier parte de las ganancias o ahorros de tales trabajadores migrantes que éstos deseen transferir; 10) a extender las medidas de protección y asistencia previstas en el presente artículo a los trabajadores migrantes que trabajen por cuenta propia, en tanto que las mismas les sean aplicables; 11) a promover y facilitar la enseñanza de la lengua nacional del Estado de acogida o, en caso de existir varias, de una de ellas a los trabajadores migrantes y a los miembros de su familia; 12) a promover y facilitar, en tanto que sea posible, la enseñanza de la lengua materna del trabajador migrante a los hijos de éste”.

En realidad, aunque hayamos transcrito la versión de la CSE revisada de 1996 (pendiente de ratificación por España), el art. 19 de la CSE de 1961 (ratificada por España en 1980), tiene el mismo contenido, con la excepción de los apartados 11 y 12 en materia lingüística, que no figuran en la originaria de 1961.

⁵²⁵ STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 995/2000, de 30 de junio de 2000, recurso de casación 3947/1998.

había sido denegado ese mismo año. Al ser necesario tener un precontrato de trabajo para poder tener un permiso de trabajo y de residencia, el ciudadano argelino fue apoyado por miembros de una entidad de ayuda a los refugiados, consiguió un precontrato de empleado doméstico por parte del acusado Rafael LL. y pasó a ayudar en las tareas domésticas en casa de Rafael, donde también vivía José María, mientras se tramitaba el permiso. No tenía horario fijo ni determinación de las tareas a realizar, hasta que llegó el momento en que el acusado José María le entregó un documento al ciudadano argelino M.K. para que lo firmara, en el cual se acordaba la aceptación del argelino como esclavo para la empresa Construcciones y reparaciones Llorente, S.L., dirigiéndose a él de forma vejatoria como “esclavo” a partir de entonces. Se dan otras circunstancias que no atañen al tema de investigación, como son intrusismo y lesiones hacia otra persona contratada. Para lo que nos interesa, ambos acusados interponen recurso de casación, al igual que el Ministerio Fiscal; éste último lo hace basándose en un único motivo de Casación: al amparo del art. 849.1 de la LECrim por inaplicación del art. 499 bis 1º del Código Penal de 1973, que castigaba con pena de arresto mayor y multa de 5.000 a 100.000 pesetas a quien, usando maquinaciones o procedimientos maliciosos, imponga a los trabajadores condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos reconocidos por disposiciones legales o por convenio colectivo sindical. Este es el asunto más importante del recurso de casación.

Ahora bien, la Sala sentenciadora negó que los hechos contra el ciudadano argelino fueran constitutivos de delito contra los derechos de los trabajadores, argumentando que al ser un extranjero en situación “ilegal” quedaba fuera de la protección del artículo 449 bis 1 CP 1973 (actual artículo 311 CP). Se afirma en la sentencia de dicha Sala que el art. 10.1 de la Constitución española delimita un mínimo de derechos del que es titular el ser humano, pero se añade que queda «fuera de ese mínimo el derecho al trabajo», lo que no es óbice, para que puedan surgir otros tipos delictivos como estafa, amenazas, coacciones o lesiones, etc. Otro argumento estimaba que no se daban las notas que caracterizan la relación laboral en lo que respecta a productividad, ajenidad y libertad. Respecto al “contrato de esclavo” estimaba la Sala que no tiene relación causa-efecto con el trabajo que prestaba, pues fue firmado después, tras la solicitud del permiso de trabajo y cuando ya trabajaba interno. También se argumentó que el ciudadano K. M. lo tomó como broma.

El punto esencial de la disidencia –que nos conduce a una contundente crítica, teniendo en cuenta qué es lo que claramente vertebra toda la argumentación de la sentencia recurrida– es la afirmación de que los extranjeros en situación irregular (los inmigrantes ilegales, dice la sentencia), no tienen derecho al trabajo y por lo tanto no pueden ser víctimas de maquinaciones o procedimientos que le perjudiquen en sus derechos laborales porque ya están excluidos de ellos por su condición de ilegal. Esto daría carta libre a que los empleadores realizaran contratación de inmigrantes sin permiso de residencia y trabajo en cualesquiera condiciones porque no están sujetos a ninguna normativa. Desde esta óptica, nos hallaríamos ante un extraño modelo de protección penal de trabajadores migrantes en situación irregular en donde, en lugar de considerarles víctimas, se les abocaría a una situación de exclusión social⁵²⁶. De hecho, con razón se ha criticado que el reconocimiento y garantía de los derechos de las personas trabajadoras extranjeras se acaban así concediendo “como un *premio* al inmigrante que ha conseguido obtener y mantener un permiso de residencia, olvidando que los derechos fundamentales van directamente unidos a la condición de persona y no a la residencia, institucionalizando así la exclusión”⁵²⁷, en otras palabras, se ignora que esos derechos fundamentales van directamente unidos a la dignidad humana, y no a la residencia.

Cierto es que el extranjero sin permiso de residencia y trabajo en España, como K. M., no está incluido en el artículo 35 de la Constitución española, que reconoce a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, pero tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, como se razona por el Ministerio Fiscal en la formalización del recurso, por lo que no puede constituir tal condición un permiso de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación irregular. Por ello, si un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un extranjero en situación administrativa irregular, no puede imponerle condiciones atentatorias contra la dignidad humana, como hacerle firmar el “contrato de esclavo”. En otras palabras, estimar solo sujeto pasivo del delito del artículo 499 bis 1.º al trabajador legal y no al extranjero en situación irregular (“inmigrante clandestino”, dice la sentencia) llevaría a una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador

⁵²⁶ Como bien ha destacado LAURENZO COPELLO, Patricia, “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 71, 2007, pp. 67-91.

⁵²⁷ SOLANES CORELLA, Ángeles, “El acceso a los derechos sociales por parte de los inmigrantes, un ejemplo: la vivienda”, en AÑÓN, M. J. (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 251-252.

de la desigualdad social, ya que el empleador, como ya se ha manifestado más veces, podría imponer a los trabajadores extranjeros sin documentos las más indignas condiciones laborales sin riesgo alguno de infracción legal. Todo ello y pese a que pudieran verse comprometidos valores inherentes a la persona como la dignidad del artículo 10 CE.

Un año más tarde, se dictó otro interesante pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en este caso de extranjería sobre permiso de trabajo, cuyo otorgamiento está sujeto a determinados requisitos, como es el Informe del Instituto Nacional de Empleo (en adelante, INEM): se trata de la STS de 30 de octubre de 2002⁵²⁸. El mencionado Informe del INEM es la acreditación de inexistencia de trabajadores españoles en paro en el trabajo que se propone realizar el solicitante extranjero; es decir, se pondera la falta de acreditación fehaciente de la existencia de una relación laboral (en los autos se dirimía acerca de la aportación de nueva propuesta de trabajo en el recurso de reposición, en el ámbito del sector doméstico, que no se admite ya que ha de dar lugar a una solicitud nueva y diferente).

Veamos brevemente los antecedentes: Un ciudadano de origen dominicano interpone recurso administrativo contra la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de Madrid por la denegación de permiso de trabajo y residencia. Luego de su estimación por el TSJ de Madrid, la sentencia dicta en el año 1997 que se proceda a expedir el mencionado permiso de trabajo. La Abogacía del Estado recurre y presenta recurso de casación alegando que el TSJ ha incurrido en incongruencia en su sentencia de 1997, aduciendo que en los autos no figuraba el informe del INEM previsto en supuestos como el contemplado en el artículo 51.1 a) del Reglamento aprobado por RD 1119/1986, de ejecución de la entonces vigente Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros⁵²⁹. En dicho informe tiene que constar que la actividad en la que va a trabajar el solicitante del permiso de trabajo no está considerada como una actividad para la que hay españoles en el paro. En este caso se trataba de un trabajo

⁵²⁸ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 30 de octubre de 2002, recurso de casación 2025/1998.

⁵²⁹ Esto disponía la citada disposición: “Artículo 51. Petición de informes.

1. La autoridad laboral, al objeto de resolver adecuadamente las solicitudes de concesión de permisos de trabajo, podrá solicitar los informes que juzgue necesarios y, en todo caso:

a) El de la oficina del INEM de la provincia o provincias en las que pretenda trabajar el extranjero, cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena; dicho informe no será necesario cuando la autoridad laboral disponga, directamente o a través de los Organismos competentes, de la pertinente información sobre la situación de empleo, detallada por áreas geográficas, actividades económicas y grupos de ocupaciones.”

como albañil. La ausencia de dicho informe no justifica la anulación del acto administrativo. Tampoco se ha acreditado fehacientemente que exista una relación laboral.

Ante dichas alegaciones de la Abogacía del Estado, el apartado tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia que analizamos señala que no se pone en duda el genérico derecho a satisfacer las propias necesidades económicas, realizar un trabajo digno y disfrutar de un bienestar en la vida. Tampoco se pone en duda que los extranjeros han de gozar de los derechos y libertades públicas que garantiza la Constitución, siempre en los términos que establezcan los Tratados y las Leyes; sin embargo, en las circunstancias concretas recuerda las exigencias previstas por la normativa: “en los artículos 15, 17, 18 y concordantes de la LO 7/1985, de que la concesión de un permiso de trabajo a aquellos extranjeros que deseen establecer su residencia en España (fuera del supuesto de los miembros de la CEE y de lo que en su caso dispongan los Tratados Internacionales) se halla subordinada al cumplimiento de determinados requisitos, uno de los cuales es el de ponderar razonablemente la inexistencia de trabajadores españoles en paro en el trabajo que se proponga realizar. En el caso examinado no se ha desvirtuado la afirmación de la Administración en cuanto a la existencia de trabajadores nativos en esa situación, ni cabe entenderla enmendada por la nueva oferta de trabajo (de dudosa autenticidad por otra parte) en un campo de actividad diferente y que se pretende introducir de modo extemporáneo”⁵³⁰. En tales condiciones, el recurso de casación queda estimado y, en consecuencia, queda desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 30 de noviembre 1993 y no se expide autorización de trabajo al trabajador extranjero solicitante.

En el panorama descrito, deben traerse a colación otros interesantes pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales españoles que abordan supuestos próximos o análogos a la ya estudiada (en el capítulo II) Sentencia del TEDH de 30 de marzo de 2017 (caso *Chowdury y otros c. Grecia*)⁵³¹, en el que se concluyó la violación del artículo 4.2 CEDH por la flagrante explotación laboral de personas extranjeras en situación irregular que sufrieron trata de seres humanos claramente vulneradora de la dignidad humana.-Recuérdese que los demandantes eran 42 ciudadanos de Bangladesh,

⁵³⁰ FJ 3.

⁵³¹ STEDH (Sección 2.ª), de 30 de marzo de 2017, núm. de recurso 21884/2015.

sin permiso de trabajo y reclutados en Atenas, así como en otros lugares de Grecia, que contra la República Helénica en virtud del art. 34 de la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio o CEDH), alegan ser víctimas de los trabajos forzosos a los que fueron sometidos en campos de recogida de fresa en Manolada, Grecia. La mayor parte de los trabajadores provienen de Pakistán y Bangladesh, algunos trabajando de manera fija, y otros en períodos estacionales, a quienes se les ofreció un salario de 22 euros por 7 horas de trabajo y 3 por hora extra, no obstante, realizaban una jornada de 12 horas bajo la vigilancia de guardias armados. Vivían en chabolas sin aseo ni agua corriente. Preocupados por no cobrar las cantidades que les debían, reclamaron ante los empleadores el pago de sus salarios, situación en la que uno de los guardias armados abrió fuego contra los trabajadores, hiriendo de gravedad a 30 de ellos, de los cuales 21 son demandantes en el procedimiento.

En la STEDH se trae a colación, con relación al artículo 4, el informe explicativo del Convenio y, a tal efecto, por abuso de situación de vulnerabilidad se entiende todo aquel supuesto en la que la víctima no tiene alternativa real y aceptable más que someterse al abuso, pudiendo ser la vulnerabilidad de cualquier tipo, física, psicológica, emocional, familiar, social o económica. La situación puede, por ejemplo, comprender casos de inseguridad o irregularidad administrativa de la víctima, dependencia económica o una frágil salud, situaciones en que el ser humano acepta ser explotado. Las personas que abusan de tales situaciones infringen flagrantemente los derechos de las personas, atentando contra la integridad y dignidad.

Por otra parte, me resulta interesante la intervención, en este caso de flagrante delito, de las organizaciones no gubernamentales como *El Centro Aire (Consejo sobre Derechos Individuales en Europa)* y *PICUM (Plataforma para la Cooperación Internacional con Migrantes Indocumentados)* analizando si las condiciones laborales se encuentran incluidas en el ámbito de protección del art. 4§2 del Convenio así como la violación de tal previsión, el nivel de limitación de la libertad deambulatoria y el nivel de injerencia con la autonomía personal y de dignidad requerida para la aplicación del art. 4 del Convenio, entre otros.

Respecto a la dignidad humana de las víctimas, el Tribunal recalca que no puede existir incertidumbre acerca de que “la trata amenaza a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las víctimas, no compatible con una sociedad democrática y

con los valores expuestos en el Convenio, y alude a su jurisprudencia más importante de la que se deriva que la trata de seres humanos se encuentra comprendida en el marco del artículo 4 del Convenio”⁵³². Aunque en el caso que nos ocupa no se da la explotación sexual como en el caso *Rantsev c. Rusia y Chipre* de 2010⁵³³ (al que se remite en diversas ocasiones el TEDH en su Sentencia *Chowdury y otros c. Grecia*), la explotación laboral también puede ser una de las finalidades de la trata de seres humanos y los tribunales griegos examinaron el caso desde esta perspectiva. Como hemos visto, la explotación laboral consistía en el impago de sus salarios y con condiciones de vida y laborales penosas.

En este punto, debe advertirse no obstante que no conviene exagerar el alcance de la jurisprudencia del TEDH en esta materia. Pues, en efecto, como bien se ha observado, dicha jurisprudencia, aunque “muestra cómo el Tribunal incorpora la nacionalidad y el estatuto migratorio en el marco de aplicación del juicio de la igualdad del art. 14 CEDH, exigiendo a los Estados un mayor rigor en la justificación de las diferencias basadas en la nacionalidad”, “sin embargo, esto no es así para el estatuto migratorio”, pudiendo concluirse de un balance de dicha jurisprudencia sobre “el rol que juega el estatuto migratorio en el marco del juicio de igualdad”, que la misma muestra cómo en este caso el Tribunal decide devaluar el nivel de protección”⁵³⁴.

En este sentido, y tras el análisis de la jurisprudencia del TEDH, conviene acercarse en primer lugar a la Sentencia núm. 41 de 29 de marzo de 2010 de Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Lugo⁵³⁵, que condena al acusado como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores, a la pena de tres años y seis meses de prisión y pago de la correspondiente responsabilidad civil; asimismo, absuelve al segundo acusado del mismo delito por el que venía siendo imputado. En particular, el acusado Antón, como propietario de las empresas Construcciones y Promociones J.L. Mahia S.A. y Estructuras y Obras Mahia S.L., frecuentemente contrataba de forma verbal a personas de nacionalidad extranjera, a sabiendas de que carecían de los permisos de residencia y trabajo exigidos por la legislación vigente, sorteando de modo consciente el cumplimiento de las formalidades legales, entre las que se encuentra el alta de los trabajadores en la Seguridad Social, motivo por el que la Inspección de Trabajo levantó

⁵³² FJ 93.

⁵³³ STEDH de 7 de enero de 2020, caso *Rantsev c. Chipre y Rusia* (demanda núm. 25965/04).

⁵³⁴ CAICEDO CAMACHO, Natalia, “Los derechos sociales de los y las migrantes: el reconocimiento fragmentado por el TEDH”, *Derechos y Libertades*, núm. 38, 2018, p. 234.

⁵³⁵ SAP de Lugo (Sección 2.^a), núm. 41/2010, de 29 de marzo.

diversas actas de infracción contra el acusado. El acusado se aprovechaba de la irregular situación de los trabajadores en España que se encontraban en estado de necesidad, ya que no tenían ingresos económicos de ninguna índole, y les imponía unas ilícitas condiciones de trabajo, sin observar el contenido del Estatuto de los Trabajadores. Tal es así, que en el año 2006 en momentos que se encontraban realizando la obra de una de las empresas del acusado, fueron detectados diversos trabajadores en situación claramente denigratoria:

- Agustín, de nacionalidad uruguaya, empleado en la empresa del acusado desde hacía más de dos años y cuatro meses, con una jornada de nueve horas y media diarias, de lunes a viernes, con un salario de 780 euros mensuales. Si faltaba algún día al trabajo, el acusado le descontaba casi el triple de lo que hubiera ganado ese día si lo hubiera trabajado efectivamente. Además, recibió instrucciones del acusado de esconderse si se presentaba algún miembro de la Inspección de Trabajo.

- Virgilio, también de nacionalidad uruguaya, trabajó aproximadamente durante dos años, con jornadas de nueve horas diarias de lunes a viernes, por lo que percibía salario de 600 euros al mes. En ocasiones trabajaba sábados y domingos, recibiendo un pago como si se tratara de un día laborable normal, además también recibía instrucciones del acusado de esconderse ante la presencia de algún miembro de la Inspección de Trabajo.

- Máximo, de nacionalidad brasileña, quien trabajaba para el acusado aproximadamente desde inicios de 2005, realizando una jornada de diez horas diarias, a cambio de 800 euros mensuales. También trabajaba ocasionalmente los sábados y si se ausentaba, el acusado le descontaba 90 euros. Igualmente tenía la orden de ocultarse si en el lugar de trabajo se presentara algún miembro de la Inspección de Trabajo.

Además de los anteriores, trabajaban también para el acusado, Eusebio, Octavio, Carlos María, Ambrosio y Emilio, todos ellos de nacionalidad uruguaya y que recibían como contraprestación a su jornada laboral, muchas veces de 50 horas semanales, entre 600 y 750 euros.

El acusado realizó todas las contrataciones de forma verbal, conector de que los trabajadores carecían de permiso de trabajo y residencia, lo que impedía a los trabajadores en tal situación denunciar las condiciones de trabajo en que se encontraban desarrollando su labor. De este modo, el acusado aprovechaba tales circunstancias para limitar los derechos que le corresponderían como trabajadores, obligándoles a

escondese en caso de que llegara algún miembro de la Inspección de Trabajo, o a aportar una identificación falsa a la autoridad de trabajo, que le era facilitada con anterioridad por el propio acusado. En otras ocasiones los trabajadores estaban obligados a realizar otras funciones distintas de las que correspondían, fuera del horario estipulado y sin retribución alguna. El acusado ofrecía regularizar la situación administrativa de los trabajadores, pero no lo llegaba a cumplir. Les imponía unas jornadas laborales más extensas de las que estipula la ley y les pagaba un salario que no correspondía con ese número de horas trabajadas, sin respetar el convenio colectivo. En caso de ausencia o de enfermedad les descontaba el salario de un modo desproporcionado, llegando incluso en ocasiones a despedirlos o “castigarlos” no permitiéndoles trabajar durante un mes. No les daba permiso para realizar gestiones justificadas, como por ejemplo registrar el nacimiento de un hijo. Si algún trabajador sufría un accidente laboral, el acusado no se hacía cargo y le obligaba a mentir y decir que el accidente no había ocurrido en el lugar de trabajo, además no les pagaba durante el tiempo que estaban convalecientes.

Recapitulando: todas estas actuaciones, según nuestro punto de vista, son vejaciones o tratos indignos en el lugar de trabajo, por lo que la dignidad del trabajador se ve vulnerada. Los hechos probados son constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores previsto y penado en el art. 312.2 del Código Penal, cuyo autor es el acusado Antón. Es destacable que la Sala manifiesta que el propio Título XV de del Libro II del Código Penal “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, refleja la importancia que a tales derechos les confiere nuestra Norma Fundamental. Cuestiones como la estabilidad y la seguridad en el empleo, la salud y la integridad física de los trabajadores, definitivamente, los derechos reconocidos por las leyes son de gran importancia para un Estado Social (art. 1.1 CE) que, entre otras características, reconoce como básico el derecho de todos los ciudadanos al trabajo (art. 35.1 CE) y que, además, promueve como principios rectores de su política social y económica, tanto la protección de las condiciones de trabajo como el mantenimiento de un sistema público de Seguridad Social, que asegure la asistencia y prestaciones pertinentes, incluso el derecho al desempleo (arts. 40, 42 y 41 CE), al igual que la necesaria asistencia médica.

De todo lo anterior se infiere que el bien jurídico protegido no es único, sino plural, tutelando, así, la seguridad jurídica del trabajador, la estabilidad del mercado laboral, y

las legítimas expectativas de los trabajadores que legalmente reúnen las condiciones para acceder a un empleo, pero no solo a tales trabajadores, sino, también, a los trabajadores extranjeros que se encuentran en situación de ilegalidad, sin el necesario permiso de trabajo, con lo que se trata de evitar la explotación de multitud de estos últimos, por parte de empresarios que podríamos calificar “sin escrúpulos” y, que, aprovechándose de la condición de ilegales de aquellos, les someten a condiciones de trabajo infrahumanas y totalmente alejadas de la mínima dignidad exigible.

Cabe observar igualmente que la imposición a los trabajadores sin permiso de trabajo, de unas condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual es delito. Sobre el particular, conviene subrayar que el art- 312.2 CP no exige, a diferencia del art. 311.1 CP, que las condiciones ilegales se impongan mediante engaño o abuso de situación de necesidad; ello, se debe, sin duda, a que el legislador consideró que la contratación de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo, lleva implícita e ínsita, la actuación engañosa y el aprovechamiento, por parte del empresario, de su situación de ilegalidad, a fin de imponerle tales condiciones de trabajo perjudiciales para los derechos de los trabajadores, siendo conocida la existencia de este tipo de trabajadores denominados “sin papeles” que se ven obligados a sobrevivir aceptando cualquier tipo de trabajo y en cualesquiera condiciones sumidas en la ilegalidad; situación de necesidad que es aprovechada por algunos empresarios que obtienen así pingües beneficios, conductas, éstas que, desde luego, deben de tener la adecuada respuesta penal que, por cierto, resulta más contundente desde la reforma del art. 312 del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, que elevó la pena privativa de libertad hasta los cinco años.

De un año antes es otra sentencia interesante, la núm. 206 de 27 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Vizcaya⁵³⁶, la cual trata igualmente de delitos contra los derechos de los trabajadores, tipificándose la acción de emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos. En este caso, la actividad litigiosa era prestación de servicios como conductores y repartidores para la mercantil de la que es administrador el acusado, por personas carentes de permiso de trabajo, sin formalizar contrato de trabajo ni dar de alta en la Seguridad Social. Nos hallamos concretamente ante ciudadanos que no tienen

⁵³⁶ SAP de Vizcaya (Sección 1.ª), núm. 206/2009, de 27 de marzo.

permiso de trabajo pero, a diferencia de la situación anterior, sus condiciones laborales no se consideran indignas.

El acusado Maximino, constituyó una mercantil que se dedicaba al transporte, logística y distribución nacional e internacional de toda clase de mercancías. Desde el año 2002 y hasta el año 2005 diversas personas que carecían de la preceptiva autorización administrativa para trabajar en España –o permiso de trabajo– prestaron servicios como conductores y repartidores a domicilio dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa del acusado. El acusado no formalizó con dichos empleados contrato de trabajo alguno, ni les dio de alta en régimen alguno de la Seguridad Social. Los trabajadores extranjeros que carecían de permiso de trabajo y resultaron perjudicados por las condiciones de trabajo impuestas por el acusado eran una treintena.

El fallo de la sentencia condenó al acusado Maximino como autor de un delito continuado contra los derechos de los trabajadores a las penas de tres años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de nueve meses con una cuota diaria de 12 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y al pago de la mitad de las costas y lo absolvió de un delito contra la Administración de Justicia.

Maximino apeló la sentencia argumentando que no hubo continuidad delictiva puesto que no se dedicó a la recluta de trabajadores sin permiso de trabajo, sino que se limitó a dar trabajo a quien se lo pidió y pagar las oportunas remuneraciones. El delito contra los derechos de los trabajadores en la modalidad que nos ocupa se define en el art. 312.2 CP a partir de dos requisitos: a) contratar a extranjeros sin permiso de trabajo y b) el hacerlo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Con lo dicho arriba, hay lugar a dos interpretaciones posibles: una, entender que bastaría la mera contratación de extranjeros sin permiso de trabajo para que se cometa el delito, pues ello ya supone la privación de derechos inherentes a la condición de trabajador como son el derecho a la asistencia médica y otras prestaciones de la Seguridad Social. La otra, por la que se inclina esta Sala, entender que para la comisión del delito se requiere algo más que la mera contratación de un extranjero sin permiso de trabajo pues de lo contrario bastaría con que el tipo contemplase la sola contratación, y

porque el precepto concurre con disposiciones sancionadoras de carácter administrativo: el art. 54.1.d) de la Ley 4/2000 reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social que castiga la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido previamente la correspondiente autorización de trabajo y el art. 37 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, que considera falta grave de los empresarios utilizar trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo. Todo lo cual y conforme al principio de intervención mínima del Derecho Penal determina que el tipo debe integrarse a partir de un plus determinado por la efectiva supresión al trabajador de derechos esenciales con imposición de condiciones abusivas o atentatorias de su dignidad.

En suma, la Sala considera que de los hechos probados de la sentencia recurrida no se puede derivar la existencia del delito del art. 312.2 CP, ya que la doctrina viene exigiendo que, precisamente, en aras a mantener una debida proporcionalidad, la desprotección o la lesión de los derechos contenga algo más que el mero aprovechamiento de una situación de necesidad genérica de todo inmigrante sin permiso de trabajo para entender cometido este delito; debe suponer, se dice, el empleo del extranjero en condiciones de indignidad. Por otra parte, los propios trabajadores, al ser preguntados, incurrieron en contradicciones respecto de los horarios de trabajo, las vacaciones o las pagas extraordinarias, entre otros elementos, por lo que de lo examinado la Audiencia Provincial concluyó que no aparecen, con la suficiencia que una sentencia condenatoria merece y exige, unas condiciones de trabajo indignas o ignominiosas para los trabajadores, por lo que con estimación del recurso, procede revocar la sentencia impugnada, con absolución del recurrente y declarando de oficio las costas del presente recurso.

Por otra parte, una tercera sentencia de otra Audiencia Provincial ya había avanzado en supuesto análogo la línea interpretativa en la materia. Se trata de la Sentencia núm. 168 de 28 de junio de 2006 de la Audiencia Provincial de Huelva, la cual desestima los recursos interpuestos confirmando íntegramente la Sentencia apelada. En la instancia, el Juzgado de lo Penal número 4 de Huelva, mediante Sentencia de fecha 2 de mayo de 2006, absolvió a los dos acusados del delito contra los derechos de los trabajadores que venía siéndoles imputado. En cuanto a los hechos controvertidos, en el mes de abril de 2001, Octavio, en calidad de representante de la empresa Planells

Núñez SL, contrató a una persona para que le facilitara mano de obra para la cosecha de nectarina en la finca la Redondela, en Isla Cristina-Huelva, propiedad de la mercantil arriba mencionada. De acuerdo a lo convenido con Octavio, el citado intermediario reclutó a trabajadores extranjeros de diferentes nacionalidades extracomunitarias que no poseían permiso de trabajo y de residencia para que, entre abril y mayo de 2001, ejercieran labores de peones agrícolas en la finca de mención. Dichos trabajadores no fueron afiliados a la Seguridad Social, ni se les hizo contrato de trabajo por escrito. A su vez, Octavio abonaba al intermediario directamente diversas sumas de dinero y este procedía al pago a los trabajadores de cantidades no precisadas en concepto de salario. Aproximadamente durante los 15 días que duraron los trabajos, una parte de los trabajadores fueron alojados en unos barracones por parte de Octavio, que estaban provistos de ventanas y literas, pero sin ningún otro mobiliario ni espacio que fuera utilizado como cocina. En la finca sí había, para uso por los operarios, ocho aseos con lavabos, duchas y letrinas, separados físicamente de los barracones citados. A su vez, se utilizó para el alojamiento de los trabajadores, una casa antigua dentro de la finca que estaba provista de cinco dormitorios separados por paredes que no llegaban a alcanzar el techo y que carecían de puertas, así como de otro mobiliario que no fueran las literas al efecto colocadas; tampoco tenían espacios reservados al uso de cocina. Hay una segunda persona en las gestiones de incorporación de los trabajadores extranjeros, el hermano de Octavio llamado José Carlos y gerente de la sociedad Agraria de Transformación Huerta Noble. No se ha llegado a acreditar que tuviera participación alguna en la contratación de los trabajadores ni en la toma de decisiones sobre sus condiciones de vida y alojamiento en la citada finca, condiciones que, en mi opinión, vulneran la dignidad. Tampoco se ha acreditado que los hermanos José Carlos y Octavio contrataran a los trabajadores extranjeros “vulnerando o menoscabando a sabiendas exigencias mínimas o elementales de normas de seguridad e higiene en el trabajo”. Según el Recurso del Ministerio Fiscal, cuyo objeto inicial es impugnar la sentencia alegando error en la valoración de la prueba en base al bien jurídico protegido, que para este delito lo establece el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, “puesto que se protegen un conjunto de intereses concretos referidos a indemnidad de la propia relación laboral, sancionando conductas de explotación laboral y el sujeto activo es un empresario con capacidad de gestión sobre el personal y que ostente capacidad jurídica para realizar una contratación, en este caso la tenían los acusados. El sujeto pasivo del delito son los trabajadores extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, lo que

también ha quedado probado por la intervención de la Inspectora de Trabajo y los propios trabajadores que han declarado. La conducta típica viene constituida por emplear a tales trabajadores en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuvieren reconocidos por disposiciones legales, pues el empleador abusa de su condición ilegal para que acepten condiciones perjudiciales de trabajo, al encontrarse en una mayor vulnerabilidad que los demás trabajadores, no estando de acuerdo con el juzgador cuando concluye que los trabajadores contratados no se encontraron en ninguna de estas situaciones. Como ha quedado acreditado los trabajadores no cobraban su salario y ello era conocido por los acusados, demás las condiciones de alojamiento eran penosas y ello era conocido también por los acusados”. Ahora bien, en cuanto a las condiciones de vivienda de los trabajadores extranjeros, la Audiencia Provincial aduce que de la prueba no resulta que las condiciones de alojamiento fuesen de indignidad, llevada a condiciones de explotación (esclavitud), pues se trataba de una casa con distribución para habitaciones, según sentencia del Juzgado Penal, para pernocta y aseo, que tenían una corta duración de tiempo, no permanente, por lo que no pueden considerarse tales condiciones de grave indignidad ni un peligro para la integridad de los trabajadores.

Un pronunciamiento más reciente de otra Audiencia Provincial que desarrolla la línea expuesta es la Sentencia núm. 283 de 28 de mayo de 2019 de la de Barcelona⁵³⁷ por la que se desestima el recurso interpuesto contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Barcelona y confirma la condena por un delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros. El acusado, Isidro, con permiso de residencia de carácter permanente, como responsable de la empresa “Hichoice”, que administra el establecimiento dedicado a la venta de camisetas y recuerdos para turistas, en noviembre del 2013, contrató como trabajador los servicios de Nemesio, nacional de India, quien se encontraba en España en situación irregular, pues no disponía ni de permiso de trabajo ni de residencia. La condición de extranjero sin permiso de trabajo que tiene vetado su acceso al mercado laboral regularizado y necesita de medios económicos para subsistir, fue aprovechada por el acusado para imponerle unas condiciones de trabajo claramente lesivas y perjudiciales para sus derechos laborales reconocidos por la legislación y los convenios colectivos, lo cual permitía al acusado reducir los costes laborales de su empresa, y por ende aumentar su beneficio. Respecto

⁵³⁷ SAP de Barcelona (Sección 9.ª), núm. 283/2019, de 28 de mayo de 2019, recurso 148/2018.

al derecho al trabajo del art. 35 CE que reconoce a “todos los españoles” el derecho al trabajo y el deber de trabajar, derecho que se ejercita frente a los poderes públicos y solo frente a ellos, se entiende que no constituye patente de impunidad cuando concierne a personas no españolas conscientes de su situación ilegal. Entonces, para la Audiencia Provincial, no cabría en estos casos imponer condiciones atentatorias a la dignidad humana. Ahora bien, profundizando en el asunto, la AP infiere que considerar solo sujeto pasivo de este derecho al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción que crearía unas situaciones inaceptables de desigualdad social, porque el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de resultar severamente comprometidos valores inherentes a la persona, que como la dignidad del art. 10 CE, no conoce fronteras. Nos encontramos, por tanto, ante un caso de imposición a los trabajadores de condiciones laborales o de seguridad social que perjudican los derechos de éstos reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales. Los agentes de policía, testigos en el plenario, confirmaron que hablaron con Nemesio en la tienda donde trabajaba y éste les dijo que no tenía papeles de residencia ni de trabajo, y que no tenía contrato de trabajo. Explicó, además, que trabajaba diez y doce horas diarias de lunes a domingo en el negocio del acusado, Isidro, y que sólo libraba una vez al mes, que a veces vigilaba por la noche y que no tenía vacaciones. Asimismo, explicó que su salario era de unos 550 euros. Nemesio soportó estas condiciones prácticamente de esclavitud, sin ningún derecho laboral ni seguridad social, porque tenía la esperanza de poder obtener el permiso de trabajo. A la luz, por tanto, de la jurisprudencia del TS, la AP entiende que todas las arriba mencionadas son infracciones eminentemente intencionales. En este contexto, se aplica el art. 312.2 CP, que como venimos analizando sanciona a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuvieren reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. En suma, la AP desestima el recurso interpuesto por la defensa y representación de Isidro, quien ha formulado recurso de apelación contra la sentencia que le condena Sentencia dictada por el Juzgado Penal de fecha 20 de febrero de 2018 a la que se opone el Ministerio Fiscal que se confirma.

Los reseñados pronunciamientos de Audiencias Provinciales tienen respaldo, como se viene argumentando, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Otra de las

sentencias del TS (Sala de lo Penal) que avala esa jurisprudencia es la núm. 348 de 17 de mayo de 2017⁵³⁸, que desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de condena por delito contra los derechos de los trabajadores en su modalidad de explotación laboral. Se trataba de tres ciudadanos chinos que, sin licencia de actividad, contrataban a trabajadores de nacionalidad china en situación irregular en España para realizar el trabajo en talleres de textil. Las condiciones impuestas a dichos trabajadores, entre los que hay un testigo protegido, consistían en jornadas de trabajo de excesiva duración (de hasta 15 horas diarias), e inexistencia de descanso semanal, vacaciones, retribución en caso de enfermedad y alta en la Seguridad Social. Las comidas y la pernoctación se realizaban en los propios talleres que carecían de las condiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo. Además, estaban sometidos a estricto control en sus escasas salidas de los talleres. El caso es que se acaba condenando a Genaro, Mariano y Severino, propietarios de los tres talleres, como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores en su modalidad de explotación laboral, a tres años y 6 meses de prisión. Interponen recurso de casación, considerando que se ha producido la indebida aplicación del art. 312 CP. Respecto a lo que nos atañe, la dignidad del trabajador, el TS hace notar que “sobre el trato denigrante, desconsiderado y abusivo que relata el *factum* dieron cabal testimonio, poniendo al descubierto las condiciones de explotación a las que fueron sometidos en los talleres clandestinos, los policías que intervinieron en la investigación”⁵³⁹.

Con tal presupuesto fáctico, respecto a los derechos de los trabajadores, la propia sentencia lo dice, que de acuerdo al tipo previsto en el artículo 312 CP, el cual describe fundamentalmente situaciones de explotación de los trabajadores por cuenta ajena, que integran ilícitos laborales criminalizados, en este caso se da. Puesto que “se trata de la contratación de inmigrantes ilegales, es decir, que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España que, aunque no se hallan incluidos en el artículo 35 de la Constitución que reconoce a todos los españoles el derecho al trabajo y el deber de trabajar, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos y solo frente a ellos, sin que pueda constituir una patente de impunidad cuando concierne a personas no españolas conscientes de su situación ilegal”⁵⁴⁰. A mayor abundamiento, observa el TS que “considerar solo sujeto pasivo de este derecho al trabajador legal y no al inmigrante sin

⁵³⁸ STS (Sala Segunda, de lo Penal), núm. 348/2017, de 17 mayo 2017, Recurso de casación 1614/2016.

⁵³⁹ FJ 1, apartado 3b.

⁵⁴⁰ FJ 3, apartado 2.

permiso de trabajo y residencia conduciría a una concepción que crearía un estado de desigualdad social, porque el empleador o empresario estaría en plena libertad de imponer a los trabajadores en situación administrativa irregular, las condiciones laborales discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, pese a que resultarían severamente comprometidos valores inherentes a la persona, que como la dignidad del artículo 10 CE, no conoce fronteras”⁵⁴¹.

Por otra parte, en referencia a el daño moral causado a los trabajadores inmigrantes y los bienes jurídicos afectados, es difícil cuantificar en dinero, especialmente los daños morales a los extranjeros indocumentados que trabajaban en el taller de textil, aunque el Tribunal lo ha tenido en cuenta apoyándose en el *factum*: no se requieren más justificaciones que “la consideración frustrante y de abatimiento de la víctima al haber soportado una conducta de evidente ilegalidad y falta de consideración a su dignidad”⁵⁴². Por todo ello, en definitiva, se desestiman los recursos de casación interpuestos por las representaciones de los acusados D. Genaro, D. Mariano y D. Severino, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de fecha 27 de noviembre de 2015, en causa seguida contra los mismos y otros por delito contra los derechos de los trabajadores.

Cerremos ahora el presente apartado aludiendo brevemente a otros dos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre supuestos relacionados con los anteriormente abordados, ambas dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

El primero de dichos pronunciamientos es la sentencia del TS de 24 de noviembre de 2004⁵⁴³ sobre permiso de trabajo a extranjeros, con la facultad de la Administración para denegarlo cuando existan trabajadores españoles en paro inscritos en el sector de actividad y zona geográfica afectada. La Administración laboral debe solicitar los informes oportunos si carece de los datos necesarios acerca del número de personas nacionales que pueden cubrir el puesto de trabajo que solicita el trabajador extranjero. También existe el deber del empleador de asegurarse de que los trabajadores en paro inscritos en el sector de actividad y zona geográfica afectada no están dispuestos a aceptar su oferta. El concepto de zona geográfica no abarca solo el municipio en que radique la ocupación ofrecida, puesto que los habitantes de otros municipios pueden

⁵⁴¹ *Idem*.

⁵⁴² FJ 10, apartado 2.

⁵⁴³ STS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª), de 24 de noviembre de 2004, recurso de casación 2986/2001.

estar dispuestos a cubrirla. Por estos motivos, en este caso se deniega el permiso de trabajo a persona, de origen extranjero, que pretende desempeñar el puesto de empleado de hogar en un municipio de una provincia en cuya capital reside. Se aduce la no justificación por el propio trabajador ni por el empleador que otros trabajadores inscritos en las Oficinas de Empleo, a los que se refiere el informe de la Dirección Provincial del INEM, donde se hace constar la existencia de 1374 demandantes inscritos en las Oficinas de Empleo para la actividad y profesión que pretende desarrollar el recurrente, que es el de empleado de hogar. El trabajador extranjero formula recurso de casación por la infracción del artículo 76.1.a) del entonces vigente Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, alegando que los datos que facilita la Dirección Provincial del INEM “no se ajustan a las circunstancias propias de la localidad donde se oferta el empleo, Collado-Villalba, pues tan solo hace referencia a la situación laboral que existe en la Comunidad de Madrid, invocando la sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1994”. Frente a ello, la sentencia esgrime: “Debe añadirse que en nada se opone a lo hasta aquí apreciado la doctrina de la sentencia de 7 de diciembre de 1994, invocada por el recurrente, que se refiere a la no aceptación del ejercicio indiscriminado de las potestades discrecionales, que llevaría a denegar de plano a los extranjeros todos los permisos de trabajo que solicitasen, en razón de haber prescindido la Administración de los límites y trámites que establece el ordenamiento jurídico, situación distinta a la que es objeto de este recurso, en el que, como se ha visto, la resolución administrativa se funda en la situación de empleo resultante de la correspondiente certificación del Instituto Nacional de Empleo”⁵⁴⁴. A la vista de dicha sentencia (mediante la que se desestima el recurso de casación interpuesto), considero que atenta contra la dignidad del trabajador extranjero dejarlo en situación administrativa irregular, sin permiso de trabajo y residencia, por el hecho de que en el sector laboral en el que pretende trabajar, existan, según informe de la Oficina de Empleo, otros demandantes de empleo inscritos para la misma actividad que pretende realizar. Se vulnera también la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral.

En fin, el otro pronunciamiento es la sentencia de 27 de diciembre de 2006 del Tribunal Supremo⁵⁴⁵, la cual confirma la denegación de permiso de residencia temporal

⁵⁴⁴ FJ 3.

⁵⁴⁵ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, sentencia de 27 de diciembre de 2006, recurso de casación 7957/2003.

a extranjero al no acreditar arraigo, que no se presupone por la existencia de una oferta de trabajo o la convivencia en España con familiares en situación de estancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ Navarra que confirma la denegación de permiso de residencia a extranjero.

5.2.2. Supuestos relativos al ejercicio de la prostitución

Nos parece pertinente acometer el presente epígrafe partiendo de la Sentencia de 5 de febrero de 1998 del TS (Sala de lo Penal)⁵⁴⁶, originada por los recursos de casación por infracción de ley y presunción de inocencia, entre otros, interpuestos por Carlos C. A., Juan Manuel P. V., Juan Bautista R. C. y Escolástica A. C. contra sentencia dictada por la Sección 16.^a de la AP Madrid, en el procedimiento abreviado en que fueron condenados como autores los dos primeros de un delito relativo a la prostitución; Juan Bautista R. C., como autor responsable de un delito continuado de migración fraudulenta, como autor también de ocho delitos relativos a la prostitución; y Escolástica A. C., como autora responsable de un delito continuado de migración fraudulenta y como autora también de ocho delitos relativos a la prostitución. Los acusados, todos de nacionalidad dominicana, instalados en Madrid, decidieron lucrarse trayendo mujeres de República Dominicana, a quienes reclutaban de entre los más humildes extractos sociales, aprovechándose de la difícil situación económica por la que atravesaba su nación, con el reclamo de que en España era fácil encontrar un puesto de trabajo que les permitiría mantenerse y mantener a sus familias. Los acusados formaron una organización que dirigía Elisa y se dedicaba a introducir en España ciudadanos dominicanos proporcionándoles un pasaporte, en el que figuraba que eran marido o hijo de la persona que les acompañaba, así como el billete de avión, y una cantidad de dinero para que pudieran entrar como turistas, por lo que deberían pagar 500.000 pesetas cuando estuvieran en España. A las ciudadanas dominicanas, les ofrecían trabajo de empleadas de hogar, como cuidadoras de niños o dependientas en supermercados, en España, también les proporcionaban un billete de avión y una cierta cantidad de dinero. Una vez en España, las mujeres, son sorprendidas con la noticia de que debían trabajar en clubes de alterne, manteniendo relaciones sexuales con los clientes, para pagar la deuda contraída. Las que se negaban a ello eran golpeadas y amenazadas con causar algún mal a sus familiares residentes en la República Dominicana.

⁵⁴⁶ STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 5 febrero de 1998, recurso de casación 1248/1995.

Uno de los motivos que la parte recurrente en casación alega es por infracción de ley y se denuncia mediante una infracción del art. 499 bis, párrafo 3 CP 1973, en el que han sido subsumidos los hechos a que se dedicó la organización. Para la Sala no está del “todo claro el planteamiento de esta impugnación y alega que el bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Aquel delito surge en la ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprobable explotación”⁵⁴⁷.

Es pertinente observar, en lo que se refiere a la dignidad en este caso, que el Tribunal de instancia había calificado el delito como continuado, porque, de una parte, migración laboral fraudulenta es toda recluta y traslación ilegal o clandestina de mano de obra de un país a otro; y de otro lado, el bien jurídico que se tutela mediante la prohibición y castigo de esta conducta (el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad y, en última instancia, su dignidad de personas) se viola gravemente cuando, como en el caso que nos ocupa, se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio una cantidad de dinero para ellos exorbitante para que emigren a otro país que ofrece, en principio, mayor bienestar económico, pero en el que su condición de inmigrantes ilegales les expone con alta probabilidad (teniendo en cuenta que hablamos de un delito de riesgo abstracto) a la marginación, el desarraigo y la aceptación forzada de condiciones de trabajo mucho más desfavorables a las que se tiene derecho en el país de recepción, en España. Al final, el

⁵⁴⁷ FJ 5.

fallo absuelve a los recurrentes socios, propietarios de otros clubes de alterne, pero condena a los demás: Esteban R. C., Juan Bautista R. C., Tomás R. C., Fredy R. C. y Escolástica-Antonia R. C., como autores responsables cada uno de ellos de un delito continuado relativo a la prostitución.

En otro caso posterior en el orden penal, dentro del supuesto ejercicio voluntario de la prostitución, se enmarca el delito contra los derechos de las trabajadoras, entendiéndose como trabajadoras por extensión del concepto. En particular, la Sentencia 837/2003 del Tribunal Supremo⁵⁴⁸, estima parcialmente el recurso de casación porque da por existente la imposición a las mujeres que ejercen la prostitución de condiciones laborales atentatorias a su dignidad, aprovechándose de su situación de inmigrantes ilegales. Como antecedentes cabe recalcar que las mujeres son captadas en su país de origen, con ofrecimiento de salarios altos, que no se corresponden con la actividad a realizar. Una vez instaladas en España, son llevadas a los clubes de alterne, que son disimulados bajo la apariencia de pensión, pero no tienen llave de las habitaciones por lo que por cada servicio debían de pagar por el uso de la habitación. Se comprueba, también, la relación laboral por el hecho de existir libretas con anotaciones de horarios y de actividades realizadas, incluso de multas por baja productividad, por no haber cumplido el número de servicios estipulados. Como elementos indiciarios relevantes, en la Pensión S., a pesar de su denominación, las habitaciones eran ocupadas exclusivamente por mujeres extranjeras, mayoritariamente sudamericanas, sin que en el libro registro del establecimiento existan asientos referidos a otros huéspedes, como sería normal en cualquier tipo de hotel o pensión.

Concretamente, son cinco las ciudadanas venezolanas que denuncian y cinco los denunciados que fueron condenados por el delito de continuado de prostitución coactiva, el primer delito continuado contra el derecho de los trabajadores con penas de prisión y pago de multas. Los condenados interponen recurso de casación, invocando vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución, entre otros, como que no hubo relación laboral entre ellos y las denunciadas. Este motivo no se sostiene para el TS, en tanto (trayendo a colación la Sentencia 2205/2002, de 30 enero de 2003), el sujeto pasivo de estas figuras delictivas es el conjunto de los trabajadores, dado el carácter colectivo del bien jurídico protegido;

⁵⁴⁸ STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 837/2003, de 30 de mayo de 2003, recurso de casación 232/2002.

se maneja, a efectos penales, un concepto amplio de trabajador, incluyendo no sólo a los trabajadores comprendidos en los arts. 1.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, sino también a los extranjeros que desean obtener un puesto de trabajo en nuestro país. Es decir, a los trabajadores sin permiso de trabajo y residencia se les incluye en el concepto amplio de trabajador, que son quienes pretenden obtener un trabajo. La norma carecería de contenido, si no entendiésemos el concepto en estos términos amplios. La propia sentencia arriba mencionada, dice que a estos efectos el trabajo como camarera en un club de alterne debe incluirse en el concepto de trabajador manejado por estos artículos del Código Penal. También se constata que se han impuesto a las mujeres unas condiciones laborales que perjudican gravemente los derechos de los trabajadores, ya que han utilizado engaño y maquinación en la contratación. Las condiciones impuestas son atentatorias a su dignidad como personas y trabajadoras, sacando provecho los acusados de su situación de inmigrantes ilegales. Se resuelve así estimar parcialmente los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuestos contra la sentencia de la AP Burgos, Sección 1ª, de 29 de octubre de 2001, que casan y anulan.

Y un ulterior pronunciamiento de la Sala de lo Penal del TS es la Sentencia núm. 270 de 5 de abril de 2016⁵⁴⁹, que desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de condena de la AP de Málaga por delito de trata de seres humanos en concurso con prostitución, con agravante de parentesco, falsedad y delito contra los derechos de los trabajadores. Se había procedido, por los condenados, a obrar con imposición mediante engaño o abuso de situación de necesidad con condiciones laborales que perjudican, suprimen o restringen derechos reconocidos al trabajador. En este caso, más allá de las ganancias obtenidas por las mujeres, se tiene en cuenta el férreo control al que estaban sometidas, con una clara explotación y privación de derechos básicos. Efectivamente, las mujeres que trabajaban en los clubes de alterne, dentro de las cuales se encontraban dos mujeres rumanas menores de edad con documentos falsificados, se regían por una serie de normas, no tenían contrato de trabajo, ni seguros médicos, tenían un horario de trabajo desde las 21 horas de la noche a las 6 horas de la mañana, con un pago del 50% de dinero generado en el día. Las tarifas por los servicios sexuales, tanto en el club San Pauli II como en el III, se cobraban directamente en la caja, por sus encargados y después se les abonaba a las

⁵⁴⁹ STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 270/2016, de 5 de abril de 2016, recurso de casación 10381/2015.

trabajadoras su parte. Cobraban tanto por el alterne, como por la prostitución. Si no cumplían las normas impuestas o recibían quejas por parte de los clientes o se dormían, la sanción era del 50%.

Se condena a Juana Crescencia (madre de las menores), Luis Urbano y Elena Isabel, como responsables en concepto de autores, cada uno de ellos, de dos delitos de trata de personas en concurso con dos delitos de prostitución de menores, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal para Juana Crescencia y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para Luis Urbano y Elena Isabel. Interponen recurso de casación.

Respecto a la dignidad de las menores, la Sala tiene en cuenta la gravedad y circunstancias concurrentes en la conducta de la madre de las menores, la recurrente Ana Crescencia, que dispuso de la vida de sus hijas como si de una mercancía se tratara, atentando a su dignidad como personas, y facilitando su explotación sexual a cambio de un lucro para ella, acordando para ello con Luis Urbano, también recurrente, quien por un afán de lucro ilícito, fue el que ideó y lideró el plan y lo llevó a la práctica, con la cooperación relevante de su pareja la coacusada Elena Isabel. En este escenario, conviene advertir que con la reforma de la Ley 5/2010 de 22 de junio del Código Penal se introdujo el Título VII bis “De la trata de seres humanos”, que desarrolló el artículo 177 bis con el fin de proteger la dignidad y la libertad de las personas que son expuestas a convertirse en sujetos pasivos de ese ilícito penal. Contiene todas las formas de trata de seres humanos, ya sean de ámbito nacional o transnacional o realizadas por delincuencia organizada o no, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, recogiendo entre otras finalidades la explotación sexual, y contemplando su apartado segundo en especial los supuestos en que, aunque no se recurra a la violencia, intimidación o engaño, o abuso de situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la víctima sea menor de edad con fines de explotación.

Más concretamente, el art. 177 bis. 2 CP recoge una figura específica cuando se lleva a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación por cualquiera de las acciones indicadas en el art. 177 bis.1 CP, aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados por este último precepto. Así, el número 4. b) comprende un subtipo agravado por razón del sujeto pasivo, si la víctima es menor de edad, que debe

apreciarse en este caso. Con este delito se ataca directamente la dignidad y libertad de las víctimas, se las cosifica, y en concreto, tratándose de menores de edad, los medios comisivos como la violencia, son irrelevantes.

En este punto, la Sentencia núm. 270 de 5 de abril de 2016 que analizamos se remite a su vez a las previas Sentencias 827/2015, de 15 de diciembre y 53/2014, de 4 de febrero, las cuales recuerdan que el apartado segundo del artículo 177 bis CP, establece expresamente que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior (violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima), se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. Esta norma procede del artículo 3º del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños o niñas que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Se tienen presentes, consecuentemente, los estándares internacionales de protección de derechos humanos, a la luz de los cuales se está argumentando igualmente en la presente Tesis Doctoral. A la luz de todo ello, en suma, la Sala de lo Penal del TS desestima los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuestos por los acusados Juana Crescencia, Moisés Urbano, Ovidio Urbano, Luis Urbano y Elena Isabel, contra sentencia dictada de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 15 de enero de 2015, en causa seguida por delitos de trata de seres humanos, prostitución de menores, falsedad documental y contra los derechos de los trabajadores.

Como balance de estas Sentencias del Tribunal Supremo recién analizadas: sin perjuicio de la sanción penal, nos parece importante añadir que, en estos supuestos, y más allá de la controversia acerca de los diversos sistemas jurídicos en torno a la legalización o la abolición y la prohibición de la prostitución, lo bien cierto es que en todo caso pesan obligación positivas sobre los poderes públicos para evitar la prostitución forzada, como auténtica violación grave de derechos humanos flagrantemente atentatoria contra la dignidad humana⁵⁵⁰; así lo ha determinado recientemente el TEDH, en su Sentencia *S.M. c. Croacia* de 25 de junio de 2020.

⁵⁵⁰ Para enmarcar esos diversos regímenes jurídicos en materia de prostitución y su dimensión en clave de trata como práctica abusiva o de explotación, léase el trabajo de VALVERDE CANO, Ana,

En el lado opuesto, la STC 163/2004, de 4 de octubre, versa sobre un demandante de amparo que tiene empleadas a mujeres colombianas ejerciendo la prostitución (es un contrato de trabajo con causa ilícita). El TC deniega el amparo en último término porque las condiciones laborales son contrarias a la dignidad de las trabajadoras. En efecto, el caso traía su origen de una condena al ahora demandante como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 312.2. CP, puesto que no entiende vulnerados los derechos fundamentales a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la legalidad penal (art. 25.1 CE), al juez imparcial (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE).

Según los hechos probados, y considerando que el precepto 312.2 CP resguarda “toda relación de prestación de servicios por cuenta ajena con las notas típicas de la relación laboral, con independencia de que el contrato sea válido, nulo o tenga causa ilícita, como ocurre con la prostitución, constituye una interpretación no contraria a la orientación material de la norma”. En concreto, el demandante de amparo, José Javier Gutiérrez González, sustituido por fallecimiento por sus descendientes fue condenado, en julio de 2001, como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores, a 18 meses de prisión e inhabilitación de sufragio pasivo y una multa de nueve meses. La sentencia de instancia considera probado que el acusado administraba un local “Hostal Club Liana” donde se hospedaban solo mujeres extranjeras, predominantemente de nacionalidad colombiana, que habían ingresado en España en calidad de turistas y luego ejercían actividades permanentes y continuas de prostitución y alterne, siguiendo las directrices del acusado y en beneficio de la propiedad del local. El acusado fijaba los horarios de las comidas, de la recogida de la ropa, de bajar al salón a la hora que llegaban los clientes. Además, existía la obligación de que las mujeres se hospedaran en el hostel, pagando 6.000 pesetas diarias y compraran todo lo que gastaban en el local. El acusado hacía una liquidación donde cobraba a las mujeres una parte del precio por servicio, al igual que un porcentaje de las copas servidas en la relación de alterne. También se señala que las mujeres carecían de permiso de trabajo, por lo tanto, no tenían beneficios que pudieran corresponderles acorde con la legislación laboral. Por otra parte, los clientes pagaban directamente al acusado o al encargado de turno, quienes posteriormente hacían las respectivas liquidaciones, descontando gastos como hospedaje, uso de sábanas, preservativos, gastos de televisión y teléfono, anticipos

“Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación”, *Estudios de Deusto*, vol. 67, 2019 (núm. 2, julio-diciembre), pp. 15-29.

otorgados y por los gastos de traslado a España, proporcionando el sobrante, si lo hubiere, a cada mujer⁵⁵¹.

La sentencia del Juzgado de lo Penal pronunciada en la primera instancia también considera que los hechos probados constituyen delito contra los derechos de los trabajadores, según jurisprudencia del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales, conforme a la cual el precepto protege toda relación de prestación de servicios por cuenta ajena con las notas típicas de la relación laboral, independientemente de que el contrato sea válido o nulo o tenga causa ilícita, como sucede en el ámbito de la prostitución. No hay duda que se trata de una prestación de servicio por parte de las mujeres extranjeras de la que se beneficia el acusado y la empresa propietaria del negocio, que es objeto de protección penal, y que es posible sea calificada como una relación laboral con causa ilícita, aunque no medie contrato escrito de trabajo, pues esas actividades se realizan dentro de las dependencias del club, bajo las condiciones impuestas por el acusado, por cuenta y riesgo no de las propias mujeres sino del empleador y además se realiza con las notas de habitualidad, dependencia y con un horario y una jornada establecida.

Además, se trataba en todos los casos de mujeres extranjeras, sin permiso de trabajo, a las que se emplea aprovechándose de esta situación, “para realizar un trabajo denigratorio” y “bajo las normas y condiciones que les imponía el inculpado, lucrándose con ello. Esta forma de emplear a inmigrantes ilegales revela que se ha hecho de forma consciente y querida,... no sólo atentando a la dignidad de la persona como tal persona y como potencial trabajador, sino además sabedor el acusado que empleando a las anteriores de este modo, tanto por encontrarnos ante una relación laboral con causa ilícita como [por] carecer las anteriores de permiso de trabajo, se está imponiendo a [las] mencionadas mujeres una situación laboral por debajo de los derechos mínimos legales, de la que se beneficia el empleador que no asume la carga de cubrir los derechos legales de quienes trabajan para ellos”⁵⁵².

En este mismo ámbito resulta interesante, para cerrar el presente apartado, aludir a un pronunciamiento más reciente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que

⁵⁵¹ Los hechos arriba descritos, constituyen delito contra los derechos de los trabajadores, previsto en el art. 312.2 CP en el que se castiga a “quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

⁵⁵² STC 163/2004, FJ 8.

abordó un posible delito contra los derechos de los trabajadores, concretamente por emplearse a varias trabajadoras sin dar de alta en Seguridad Social, algunas extranjeras sin permiso de trabajo. Se trata de la Sentencia núm. 62 de 26 de marzo de 2019⁵⁵³ sobre actividad de local de alterne en la que los acusados se lucraban del trabajo de las chicas, existiendo una relación laboral, donde la actividad se realizaba en el ámbito de su organización, bajo su dependencia, con puesta a disposición de los medios necesarios y sin estar dadas de alta, situación que afectaba a más de la mitad de la plantilla total. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que confirma la condena por delito contra los derechos de los trabajadores, y dicta segunda sentencia en la que rebaja la pena.

El acusado propietario, administrador y legal representante de la sociedad unipersonal “Asturrobledo S.L.”, entidad titular y responsable del establecimiento mercantil “Club Models”, se dedica a la actividad de alterne y prostitución, situado en el Concejo de Siero. El otro acusado es el apoderado y a la vez el encargado del Club ocupándose de la gestión ordinaria y de su normal funcionamiento.

En 2015, en una visita realizada por miembros de la Inspección de Trabajo y de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil, se constató que en dicho establecimiento se encontraban trabajando como camareras de alterne, captadoras de clientes para las distintas actividades de la empresa, treintaiocho mujeres que no estaban dadas de alta en la Seguridad Social, cuatro de las cuales carecían de permiso de estancia y residencia en España, encontrándose en situación ilegal.

Desde la perspectiva de la jurisdicción social, en el caso de alterne, es factible la existencia de una relación laboral, si se dan las notas que caracterizan dicha relación (dependencia y ajenidad) y en el caso de prostitución no cabe la existencia de relación laboral por ilicitud de la causa, conforme a los artículos 1.271. 1.275 y concordantes de la LECrim. Así lo señala la Sala IV (Social) del Tribunal Supremo: “[...]el hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios, mediante la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y

⁵⁵³ STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 162/2019, de 26 de marzo de 2019, recurso de casación 1354/2018.

jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las señoritas de alterne con el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral. [...]»⁵⁵⁴.

Por otro lado, en la propia STS núm. 162 de 26 de marzo de 2019 se cita, por su elocuencia, la previa STS (de la misma Sala de lo Penal) 208/2010, de 18 de marzo en la que se recuerda (con cita asimismo de la precedente STS 372/2005, de 17 de marzo) que “[...] la conducta que describe el art. 312.2, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad al contratar a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo. No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución[...]”.

A la luz de dicha jurisprudencia, el TS concluye que ambos acusados son declarados como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores a la pena de dos años y seis meses de prisión, y a ocho meses de multa. Además, los condenados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad de 1.037,03 €. Finalmente, se acuerda la suspensión de actividades y la clausura del club por un período de dos años.

Al hilo de esta jurisprudencia, apreciamos como conclusión que existe la tendencia en el ámbito jurisprudencial a dar mayor protección laboral a las personas extranjeras en situación administrativa irregular o que desarrollen actividades con cierto grado de ilicitud, como el caso del alterne. Con frecuencia estas personas son sometidas a situaciones y condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana y patentemente abusivas, por lo que no es razonable excluirlas de la protección penal. Por ese motivo y relacionado con el artículo 312.2 del Código Penal, existen numerosos precedentes en que al empresario que en su local lleva a cabo actividades de prostitución en condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana, sin tomar en cuenta los derechos laborales de las personas explotadas, consume no sólo el delito que corresponda por la explotación de la prostitución, sino también un delito contra los

⁵⁵⁴ SSTs (Sala de lo Social) 1390/2004 de 22 de noviembre y 1084/2016, de 21 de diciembre y 1.099/2016, de 21 de diciembre.

derechos de los trabajadores, pese a que éstos no tengan las condiciones necesarias para ser sujetos de una relación laboral.

5.3. Otros aspectos de la dignidad humana relacionados indirecta o directamente con el ámbito laboral

5.3.1. Breve referencia a la afectación indirecta a la dignidad en el ámbito laboral a través de derechos y libertades cívico-políticos

Como es sabido, la famosa STC 115/1987, de 7 de julio, resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo, contra los artículos 7, 8, 26 y 34 de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los tres primeros preceptos, tanto del 7 y el 8 por condicionar las libertades de reunión y asociación a “autorización previa” (en contraste con los artículos 21 y 22 CE, respectivamente, que únicamente condicionan el ejercicio a “comunicación previa”, sin distinguir entre españoles y extranjeros), como el artículo 26 por no prever la suspensión de la ejecutividad inmediata en todo caso de las órdenes de expulsión (lo cual podría conculcar el principio de “*non-refoulement*” o no devolución a terceros países inseguros o en donde las personas extranjeras afectadas sean susceptibles de vulneraciones de sus derechos humanos).

Pues bien, nos interesa destacar el alcance de las disposiciones relativas a las libertades de reunión y asociación, dado que pese a su carácter civil y político resultan instrumentales o de protección indirecta para la defensa de los derechos de las personas trabajadoras en general, y extranjeras en particular. De hecho, recuérdese que la reunión y la asociación son esenciales en el ámbito laboral, siendo en particular la libertad sindical una manifestación o concreción de la genérica libertad de asociación; y, por ello mismo, no es extraño que la libertad sindical aparezca reconocida en el art. 11 CEDH junto con las libertades de reunión y asociación⁵⁵⁵. Esas otras vías indirectas de

⁵⁵⁵ Así dice el artículo 11 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

protección social por parte del TEDH, también en el caso de los trabajadores migrantes, han sido destacadas en la doctrina⁵⁵⁶.

Lo más relevante, a nuestros efectos, es que el Tribunal Constitucional vino a avalar indirectamente la igualdad dignidad de derechos de las personas trabajadoras (nacionales o extranjeras), no suscribiendo así la tesis de la Abogacía del Estado⁵⁵⁷; y, correlativamente, acogió esa tesis de la dignidad, aunque no fuera tan explícita la mayoría como el voto particular de tres magistrados (Tomás y Valiente, Rubio Llorente y García Mon)⁵⁵⁸.

En esa misma línea de razonamiento se profundizó con motivo de la citada STC 236/2007, de 7 de noviembre, que – recordamos – estima en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social y declara la inconstitucionalidad de los arts. 7.1, 8 y 11.1, y la nulidad del término «residentes» en los arts. 9.3 y 22.2 de la LO 4/2000, en su redacción dada por la LO 8/2000 y la nulidad

⁵⁵⁶ BONET PÉREZ, Jordi, “La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, social y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derechos y Libertades*, núm. 35, 2016, pp. 158-172. En el mismo sentido, véanse los trabajos de LÓPEZ GUERRA, Luis, “La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, y de PÉREZ ALBERDI, M^a Reyes, “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, ambos en Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L. (dirs.), *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 297 y ss. y p. 319 y ss., respectivamente.

⁵⁵⁷ A título de ejemplo, sobre la inconstitucionalidad del artículo 7 de la LO 7/1985 de Extranjería, –que dicta que los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes y solicitar del órgano competente su autorización, para poder reunirse– por vulneración del artículo 21 CE, el Letrado del Estado recuerda “su tesis de la validez constitucional de un ejercicio desigual por españoles y extranjeros en derechos no inherentes a la dignidad humana, siendo así además que la libertad de reunión se sitúa en lindes muy próximos a los derechos políticos y esta naturaleza posibilita –sobre todo a tenor de los artículos 13.2 y 23 CE– una conformación subjetiva de la libertad de reunión en cuya virtud las condiciones de ejercicio sean desiguales, según se trate de españoles o extranjeros, siempre que se respete el «standard mínimo» reconocido por las normas internacionales.” Por lo tanto, manifiesta que estas normas facultan limitaciones del ejercicio de los derechos de reunión y asociación, aunque se hayan previsto de forma legal, cuando configuren medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenas.

⁵⁵⁸ El voto particular de estos tres magistrados muestra su disenso, cuyo origen se encuentra en una diferente comprensión del sistema de derechos fundamentales establecidos por nuestra Constitución, en el que el artículo 13.1 desempeña una función esencial que, según los dos magistrados, es ignorada en el razonamiento admitido por la mayoría. En ese razonamiento se vacía de contenido la norma, habilitando al legislador para que regule de forma diferente los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en relación con los de los españoles, pero sin extralimitarse. Frente a tal interpretación los magistrados dirimientes creen que “el artículo 13.1 CE, al emplear sólo la locución «libertades públicas» excluyendo la de «derechos fundamentales» implica, en primer lugar, que también los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que *son inherentes a la dignidad humana* para utilizar la expresión empleada en las SSTC 107/1984 y 93/1985”.

de la inclusión del inciso «residentes» de los artículos 9.3 y 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por la Ley impugnada.

Por consiguiente, se vuelve a abundar en la inconstitucionalidad de la nueva regulación introducida por la legislación de extranjería (mediante la LO 8/2000) en materia de reunión, y hacerse explícito ahora, además, el reproche de inconstitucionalidad al desarrollo de los derechos de sindicación, educación y tutela judicial efectiva, al exigirse para su ejercicio el requisito de la estancia o residencia legal en España. La vinculación de estos derechos con la dignidad de la persona impone al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo que no puede hacerse depender de la situación administrativa del sujeto. La inconstitucionalidad apreciada no implica la nulidad de todos los preceptos impugnados, sino que exige que el legislador establezca las condiciones de los derechos vulnerados en el marco de la Constitución.

Por vez primera se planteaba ante el Tribunal la posible inconstitucionalidad de una ley que obstaculiza el ejercicio de concretos derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la respectiva autorización de residencia en España. Esta circunstancia es decisiva en este caso ya que, si bien la Constitución no distingue entre los extranjeros con permiso de residencia y los que no lo tienen, sí puede resultar constitucional que el legislador considere esa diferencia para configurar la situación jurídica de los extranjeros, siempre que al hacerlo no vulnere preceptos o principios constitucionales. De acuerdo al artículo 13.1 CE, el legislador no goza de la igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del Título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado. Por otra parte, la interpretación sistemática que se ha dado a dicho precepto impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador (SSTC 107/1984, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2), dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del Título I les pueden corresponder y cuáles no.

Así pues, el legislador, pese a disponer de un extenso margen de libertad para concretar los “términos” en los que los extranjeros gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 10 CE, que dicta que la dignidad de la persona es fundamento del orden político

y la paz social⁵⁵⁹, además de la conformidad con los estándares internacionales en este terreno.

A este respecto, en cuanto al derecho de asociación del art. 6 de la Ley de Extranjería 8/2000 (“Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes, que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”, el Parlamento de Navarra fundamentaba su inconstitucionalidad en que está directamente reconocido a los extranjeros por la Constitución, pero el legislador se encuentra habilitado ex artículo 13.1 CE para establecer “condicionamientos adicionales” a su ejercicio, siempre que respete las prescripciones constitucionales, que limitan su poder de libre configuración de su contenido. El legislador orgánico podría fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de asociación por parte de los extranjeros que se encuentran en España sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respetara un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre. El derecho de asociación se encuentra vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, ya que protege “el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática”.

Pero, sobre todo, en la conexión del derecho de asociación con el derecho de sindicación, el TC acude con relación a la protección reforzada del segundo a los parámetros internacionales, argumentando así: “Siguiendo el criterio interpretativo ex art. 10.2 CE que hemos utilizado para el enjuiciamiento de los anteriores preceptos, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 23 de la Declaración universal de los derechos humanos, según el cual “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”; así como el art. 22 PIDCP, que reza: “toda

⁵⁵⁹ Con motivo de esta STC 236/2007, se recuerda que nuestra jurisprudencia ha insistido en que existen derechos del Título I que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles» (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos «en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]” (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). Dichos derechos son los que “pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o, dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español” (SSTC 107/1984, FJ 3; 99/1985, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos «inherentes a la *dignidad de la persona humana*» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontraría el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1).

persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”, lo que en términos similares recoge el art. 8 PIDESC, proclamando el “derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección”. Por otra parte, como se ha visto, el art. 11.1 CEDH consagra el derecho de “toda persona” a la libertad de reunión y de asociación, “incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”, mientras en la Carta social europea las partes contratantes se comprometen a “que la legislación nacional no menoscabe esa libertad [sindical] ni se aplique de manera que pueda menoscabarla” (art. 5). Finalmente, deben mencionarse dos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ambos ratificados por España y con virtualidad hermenéutica ex art. 10.2 CE (según se dijo en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5): el Convenio núm. 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, en cuyo art. 2 se garantiza aquí ya “a los trabajadores ... sin ninguna distinción ... el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”; y el Convenio núm. 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, cuyo art. 1 proclama que “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”⁵⁶⁰.

Y esta reflexión en torno a la libertad sindical nos da pie para adentrarnos en el siguiente epígrafe, abordando la directa afectación de la dignidad en el ámbito laboral.

5.3.2. Otros aspectos relacionados con la estricta afectación directa a la dignidad en el mundo laboral

A. Sindicación y huelga

Al hilo de la reflexión última acerca de la STC 236/2007, es menester añadir que la STC 259/2007, de 19 de diciembre, abunda y perfila esa jurisprudencia constitucional. En efecto, mediante la STC 259/2007 se estima parcialmente otro recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía contra la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. En efecto, se confirma la vulneración de los derechos fundamentales de reunión y manifestación, asociación y

⁵⁶⁰ FJ 9 de la STC 236/2007.

sindicación. Pero, como novedad, con respecto al derecho de huelga, se declara la nulidad del inciso «cuando estén autorizados a trabajar» del art. 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1. 9 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Y se reitera la doctrina en torno al artículo 28.2 de la Constitución, el cual no hace distinción alguna en cuanto a los sujetos titulares del derecho de huelga, sino que lo reconoce de forma general a todos ellos, independientemente de su situación administrativa. La inconstitucionalidad apreciada no implica la nulidad de los preceptos impugnados, sino que exige que el legislador establezca las condiciones de los derechos vulnerados en el marco de la Constitución.

En cuanto al tema de la dignidad en las relaciones laborales, la Abogacía del Estado volvió a argumentar que no puede aceptarse la afirmación de que los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga son derechos propios de la dignidad humana. Frente a ello, finalmente se declara la inconstitucionalidad de los arts. 7.1, 8 y 11.1 en lo que respecta exclusivamente al derecho a sindicarse libremente de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Sobre el derecho de huelga de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad debe conllevar la declaración de nulidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del art. 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; y se desestima el recurso en todo lo demás.

Esa misma doctrina, aparece lógicamente reproducida en la STC 261/2007, de 20 de diciembre, por la que el Tribunal vuelve a estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En concreto, constató, por un lado, la desaparición de parte del objeto procesal al haber sido declarados parte de los preceptos impugnados inconstitucionales en sentencias anteriores; y, por otro lado, procedió a la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad del artículo que regula el derecho a sindicarse libremente. Los recurrentes (la representación de sesenta y cuatro Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso) basaban sus alegaciones afirmando que el legislador, al asumir la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas, ha de respetar su contenido esencial de forma que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados de específica protección

constitucional en cuanto que imprescindibles para la garantía de la dignidad humana la cual, por imperativo del art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español.

B. Salud, seguridad e integridad (también moral) en el trabajo

La STSJ (Sala de lo Social) de las Islas Canarias núm. 694/2013, de 26 de abril,⁵⁶¹ nos sirve como ejemplo para abordar al tiempo, de manera confluyente, la importancia de la salud y seguridad en el trabajo, además de sus conexiones con la integridad y, por supuesto, con el reproche a los ataques al honor de los trabajadores (por ser gravemente atentatorios contra su dignidad) que denuncien la falta de implementación por la empresa de medidas de seguridad. Ello al margen de que la sentencia fuese desestimatoria de la demanda del trabajador, por falta de concreción o de los elementos de prueba necesarios.

El actor, Eduardo, venía prestando servicios como cocinero para la codemandada Trokal Puerto Rico, S.L. desde el 25 de mayo de 2007. Por otra parte, la empresa no tenía ningún sistema de organización y gestión de la actividad preventiva, la cocina no contaba con suelo antideslizante, los trabajadores carecían de ropa adecuada para el acceso a las cámaras frigoríficas, la empresa tenía problemas de electricidad y carecía de elementos de señalización y de un adecuado sistema de extracción de aire. Más adelante otro trabajador también presentó denuncia por incumplimiento de los deberes de formación e información a los trabajadores, y del de vigilancia de su salud, lo cual se subsanó entre diciembre de 2011 y abril de 2012.

En este contexto, aunque al final no fuesen acogidas, debe tenerse presente las denuncias con respecto a las conductas lesivas del derecho a la consideración debida a su dignidad que proclama el apartado e) del art. 4.2 de la ley estatutaria. El titular de la empresa demandada, cuando bebía alcohol, se dirigía a los trabajadores de forma despectiva empleando expresiones como “sudacas, ratas, son unos mierdas, ustedes no tienen cabeza”; es un hecho probado, pero tal conducta por cierto reprobable y sin ningún respeto se consideran normales en el campo de las relaciones interpersonales, de convivencia y también dentro de la empresa. Lo consideran una ofensa, pero como Florencio insultaba a todos los trabajadores, no solo al demandante y como no se sabe qué insultos peyorativos dirigía específicamente al demandante, en caso que así hubiera sucedido, ni la frecuencia de los insultos o agresiones verbales, ni los momentos en que

⁵⁶¹ TSJ (Sala de lo Social) de Islas Canarias, sentencia núm. 694/2013, de 26 de abril de 2013.

se daban, todo ello hace imposible encajar dicho comportamiento en el ámbito de la causa extintiva del apartado 3 del artículo 51.1 ET, por no darse los elementos necesarios para su conceptualización como un grave ataque a la dignidad del actor. Por esos avatares procedimentales, el fallo de la sentencia fue desestimatorio.

De todos modos, la salud laboral no únicamente se pone en conexión con la integridad, sino incluso con la integridad, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TEDH. Efectivamente, en la STEDH *Brincat y otros c. Malta* de 24 de julio de 2014 se declaró la violación del artículo 2 CEDH (derecho a la vida) en conjunción con el artículo 8 CEDH (vida privada y familiar), por la actitud pasiva de las autoridades maltesas durante varias décadas (desde los años cincuenta del siglo pasado hasta principios de los años 2000) con respecto a la exposición al amianto de trabajadores del sector naval; pese al margen de apreciación que se deja a los Estados para gestionar dichos riesgos, el TEDH consideró que los esfuerzos en materia normativa y de adopción de medidas prácticas para proteger e informar se habían revelado insuficientes. En suma, no se cumplimentaban las obligaciones positivas impuestas a las autoridades públicas para velar por la salud laboral, por supuesto también de las personas trabajadoras extranjeras.

En todo caso, al hilo de la sentencia del TSJ canario anteriormente reseñada, merecen ser objeto de consideración dos aspectos interesantes abordados por la jurisprudencia constitucional española, a saber, por un parte la referida dignidad de la persona trabajadora frente al atentado a su honor y, por otra parte, la cuestión de la asistencia sanitaria a las personas extranjeras (con las implicaciones consiguientes para las personas trabajadoras migrantes y sus familiares).

Con relación al atentado al honor en su dimensión de dignidad en el trabajo, contamos con una jurisprudencia consolidada, que se resume en la reciente STC 56/2019, de 6 de mayo, en un caso de marginación laboral en el que, si bien el demandante era nacional español, su doctrina resulta trasladable ciertamente a las personas trabajadoras extranjeras al estar en juego la dignidad. En dicha sentencia constitucional se afirma: “Desde la óptica constitucional que nos corresponde, cabe apreciar, como primera aproximación, que las situaciones de acoso laboral, en la medida en que tienen por finalidad o como resultado atentarse o poner en peligro la integridad del empleado conciernen el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona, su derecho fundamental a la integridad física y moral y la prohibición de los tratos

degradantes (arts. 10.1 y 15 CE). Ahora bien, las situaciones de acoso laboral son tan multiformes que pueden involucrar también otros derechos fundamentales. (...) la dignidad de la persona (artículo 10), así como la integridad física y moral sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 15), y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18); y encomienda al tiempo a los poderes públicos, en el artículo 40.2, el velar por la seguridad e higiene en el trabajo”.

Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria de personas extranjeras, resulta imprescindible aludir a la STC 139/2016, de 21 de julio⁵⁶², por la que se declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”, del artículo 3.3 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), en la redacción dada por el artículo 1 del RD-ley 16/2012⁵⁶³. Realmente, esta sentencia constitucional es decepcionante, pues esa única declaración de inconstitucionalidad se efectúa por razones procedimentales, pero no sustanciales en las que estaba involucrada la dignidad humana.

Basta leer el FJ 9 *in fine*, en donde se argumenta esa inconstitucionalidad: «El nuevo art. 3.3 de la Ley 16/2003 incurre en el vicio denunciado, pues contiene una patente deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex artículo 43.2 CE, y, por este motivo, debe ser declarado inconstitucional y nulo. La norma dispone una remisión en blanco para la determinación de un elemento, consistente en un nivel mínimo de ingresos, que constituye el núcleo esencial en torno al que se configura legalmente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias financiadas con fondos públicos para las personas que se encuentran en las situaciones contempladas en el art. 3.3 de la Ley 16/2003. Con la literalidad de la norma es imposible determinar quiénes van a tener dicha condición, dada la ausencia de criterio alguno respecto al límite de ingresos exigible. Eso deja la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del reglamento (cosa que, por ejemplo, sucedía con el concepto de carencia de recursos económicos del art. 80 LGS en relación con el art. 1 del Real Decreto 1088/1989), sino

⁵⁶² El recurso de inconstitucionalidad se interpone por el Parlamento de Navarra contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y, específicamente, contra los arts. 1. Uno y, por conexión, 1. Dos y disposición transitoria primera; 2. Dos, Tres y Cinco; 4. Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera.

⁵⁶³ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno. De hecho, el artículo 2.1 b) del Real Decreto 1192/2012 dispone que ese límite de ingresos se sitúa en una cuantía inferior a cien mil euros en cómputo anual, sin que tampoco se justifiquen las razones de dicha opción. De esta manera, la norma remite totalmente al reglamento la concreción o la fijación cuantitativa del umbral económico hasta el que se garantiza la cobertura de la gratuidad o la bonificación de las prestaciones sanitarias, sin que se incluya ninguna regla que permita identificar quiénes podrían ostentar la condición de asegurados, lo que a su vez produce una insuficiencia manifiesta en el contenido mínimo exigible a la configuración legal del art. 43 CE. Por lo expuesto, el inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” del artículo 3.3 de la Ley 16/2003, en la redacción dada al mismo por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012 es inconstitucional y nulo, sin que, por tanto, resulte necesario pronunciarnos sobre la restante tacha de inconstitucionalidad que se le ha formulado».

Efectivamente, en el plano sustancial, el artículo 1 del Real Decreto-Ley 16/2012, objeto del recurso, que modifica la LCCSNS, impone una nueva regulación que exige tener la condición de asegurado o de beneficiario para acceder a la asistencia sanitaria pública y a su vez regula el acceso a tal condición. Consecuentemente quedarían fuera de este sistema de “aseguramiento” entre otros, los españoles residentes en España de 26 años o mayores de esa edad que no coticen a la Seguridad Social, lo cual según la recurrente (Parlamento de Navarra), acarrea un trato discriminatorio que incurre en inconstitucionalidad por infracción del artículo 43 CE en relación con el principio de igualdad del artículo 14 CE. También indica, para el caso que nos ocupa, que no se ha dado ninguna explicación sobre las modificaciones que se abordan y que suponen la exclusión de los extranjeros sin recursos económicos que viven en España, aunque sin autorización para residir, para acceder a la asistencia sanitaria pública, que tenían reconocida por la LO 4/2000. Con la nueva regulación contenida en el RD Ley 16/2012, se reconoce a los extranjeros no autorizados a residir en España el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica y la asistencia al embarazo, parto y posparto y a los menores extranjeros de 18 años el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los españoles. Con la norma contenida en el hoy derogado artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, los extranjeros empadronados tenían derecho a la asistencia sanitaria en iguales

condiciones que los españoles. La demanda alude a la doctrina de la STC 236/2007, en relación con el margen del que dispone el legislador para determinar el contenido de los derechos de los extranjeros en España y la trascendencia que sobre este tema tienen los Tratados internacionales ratificados por España. De la citada STC 236/2007 se concluye que la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la CE (artículo 10.1) constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex artículo 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España.

En síntesis, en nuestra opinión, la nueva regulación atenta contra la dignidad de los extranjeros sin recursos en situación irregular, ya que les impide ser asistidos por el sistema sanitario público, a la vez que les limita el acceso a prestaciones indispensables para conservar su estado de salud, peligrando su salud y también la de otras personas si no pueden ser atendidos de determinadas enfermedades en el momento preciso y no solo cuando estas tengan carácter grave. En la doctrina se ha criticado justamente esa STC 139/2016⁵⁶⁴, la cual cuenta además con un interesante voto particular discrepante que suscribimos; un voto particular que, además critica la decisión mayoritaria apoyándose acertadamente en los parámetros internacionales sobre derechos humanos, con cita incluida de la Sentencia del TEDH que antes hemos mencionado:

«(...) la conexión adopta un reconocimiento expreso si se acude, tal y como dispone con carácter obligatorio el art. 10.2 CE, a los convenios internacionales de derechos humanos firmados por España y a la interpretación jurisprudencial que de ellos hacen los órganos competentes. Sin ir muy lejos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la ausencia de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el artículo 2 (derecho a la vida) del Convenio europeo

⁵⁶⁴ Léase, especialmente, la obra de DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. El autor critica acertada y argumentalmente su crítica frente a “la constitucionalidad de la restricción del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación administrativa irregular introducida por el decreto ley 16/2012, de 20 de abril: comentario crítico a la STC 139/2016, de 21 de julio”. Esas consideraciones críticas ya las había formulado el mismo autor en su previo trabajo “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto ley 16/2012, de 20 de abril” (publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 287-314). En esta línea, la reseña crítica de la STC 139/2016, de un lado y desde un punto de vista formal, se dirige a la utilización del decreto-ley y la vulneración de algunos de los requisitos exigidos por el art. 86.1 CE (la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad y el respeto a los límites materiales impuestos para la legislación de urgencia, esencialmente la afectación a los derechos, deberes y libertades constitucionales y al régimen de las Comunidades Autónomas); y, de otro lado y desde una perspectiva sustantiva, se critica la infracción por algunos artículos del Decreto-ley 16/2012 del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, particularmente del que deja fuera del sistema sanitario público a personas vulnerables como los extranjeros sin permiso de residencia.

para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH; STEDH en el asunto *Valentín Câmpeanu c. Rumanía*, 17 de julio de 2014); que un Estado falta a sus deberes positivos de proteger la vida de sus ciudadanos (artículo 2 CEDH) cuando no se legisla ni se toman medidas prácticas para protegerles y proporcionarles información de los riesgos para su salud a los que les exponen determinadas actividades (STEDH en el asunto *Brincat y otros c. Malta*, 24 de julio de 2014); que se vulnera la prohibición de someter a tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH) cuando se acuerda la expulsión de una persona extranjera dependiente de un tratamiento médico cuya interrupción le colocaría en riesgo de asumir grandes sufrimientos físicos y reducir su esperanza de vida (STEDH asunto *D. c Reino Unido* de 2 de mayo de 1997, jurisprudencia revisada después y pendiente de la solución que debe dar la Gran Sala al asunto *Paposhvili c. Bélgica*, núm. 41738/10); que se vulnera el derecho a la vida (artículo 2 CEDH) cuando se niega la gratuidad de una asistencia médica o unas prestaciones farmacéuticas a las que el sujeto tiene derecho por reconocimiento legal o judicial (SSTEDH asuntos *Nitecki c. Polonia*, de 21 de marzo de 2002, y *Panaitescu c. Rumanía* de 10 de abril de 2012), así como cuando el Estado no responde a las obligaciones positivas de protección de la salud y de prestación de una adecuada asistencia sanitaria que derivan de ese precepto allí donde esas obligaciones son exigibles (SSTEDH en los asuntos *Oyal c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*, de 9 de abril de 2013, *Asiye Genc c. Turquía* de 27 de enero de 2015, entre otras).

Por tanto, la conexión entre el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria que actúa como garante de la salud individual y colectiva y el derecho a la vida y la integridad física no puede ser negado, ni puede ser obviado sin más, si atendemos a la obligación de interpretar tanto el artículo 15 de la Constitución española como el artículo 43 del mismo texto a la luz de los convenios y tratados de derechos humanos de los que España es parte, siendo uno de los básicos el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales interpretado por el Tribunal de Estrasburgo»⁵⁶⁵.

Por lo demás, la postura restrictiva contenida en la STC 139/2016 se ha reiterado en la STC 33/2017, de 1 de marzo⁵⁶⁶, referida al recurso de inconstitucionalidad,

⁵⁶⁵ Voto particular formulado por el magistrado Fernando Valdés, que suscribe la magistrada Adela Asua.

⁵⁶⁶ STC 33/2017, de 1 de marzo de 2017, recurso de apelación 4585/2012.

promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en relación con los arts. 1.1 y 2; 4.1 y 4, y 10.4 y 5, del Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Efectivamente, el TC declara la pérdida sobrevenida de objeto de la impugnación dirigida contra el apdo. 2 de la disp. adic. 16.^a de la Ley 55/2003, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, añadida por dicho artículo 10.4, y desestima en todo lo demás el recurso.

En el recurso de inconstitucionalidad, formulado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, se plantean dos cuestiones a analizar por el Tribunal. La primera relacionada con la utilización de la figura del decreto-ley, cuestionándose el cumplimiento de los requisitos materiales y formales exigidos por el artículo 86.1 CE para su utilización. La segunda, ya desde el punto de vista sustantivo y que nos interesa para este estudio, plantea la inconstitucionalidad del ya analizado (con motivo de la STC 139/2016) artículo 1.1 por infracción del artículo 43 CE, al considerar que da lugar a una “degradación normativa” del derecho a la protección de la salud. En este escenario, la abogacía del Estado, en lo que se refiere a la asistencia sanitaria a inmigrantes en situación irregular, insistió en señalar que el derecho a la salud se cuenta entre aquellos en los que es posible que la ley establezca diferencias de trato entre extranjeros y nacionales. En esta configuración legal, según la STC 236/2007, el legislador no puede afectar al contenido del derecho que resulta imprescindible para la dignidad humana, al contenido delimitado por la Constitución o los tratados internacionales y, además, las limitaciones introducidas solo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (artículo 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida. Ahora bien, siempre según la Abogacía del Estado, la Constitución española no exige que se garantice a todos los residentes, regulares o irregulares, ni siquiera a todos los españoles una plena asistencia sanitaria y con cargo por entero a fondos públicos, sino que, en la concreción legal del derecho a la salud, la Constitución Española autoriza al legislador a implantar condiciones de ejercicio para los extranjeros distintas a las que están sometidos los españoles e incluso a tomar en cuenta la información de su situación legal en España.—Por otra parte, para la Abogacía del Estado la asistencia sanitaria conecta única y restrictivamente con la dignidad humana respecto a la atención de

urgencia, la plena asistencia sanitaria al menor de edad, cualquiera que sea su situación legal, y la atención a la embarazada durante el embarazo, el parto y el postparto.

Dicho lo cual, entendemos que el Tribunal Constitucional incurre en la contradicción de exigir para la admisibilidad de esa diferencia de trato, primeramente, y en referencia a nuestro objeto de estudio, que el precepto impugnado no afecte al contenido del derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana; pero, al tiempo y a la postre, con su conclusión acaba afectando a ese contenido y, por ende, a la dignidad. En esta ocasión también se reproduce lógicamente el voto particular análogo que se formuló (por parte del magistrado Juan Antonio Xiol) a la STC 139/2016:

“No concurre la urgencia que legitima un decreto-ley para regular la condición de asegurado. 1. Como expuse en el Voto particular que formulé a la STC 139/2016, de 21 de julio, a mi juicio el art. 1.1, por el que se regula quién tienen la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud, hubiera debido ser declarado inconstitucional al vulnerar los arts. 86.1 y 43 CE. Como sostuve en el referido Voto particular, al que me remito, la urgencia y extraordinaria necesidad invocadas para promulgación del Real Decreto-ley 16/2012, de 21 de julio, no justifica la exclusión de la asistencia sanitaria de determinados colectivos y por este motivo considero que en relación con este precepto no existe la debida conexión entre la situación de urgencia que, según el Gobierno, justifica dictar el Real Decreto-ley y la adopción de la referida medida. También considero que este precepto infringe el art. 43 CE, ya que, a mi juicio, resulta desproporcionado privar del derecho a la protección de la salud a los extranjeros en situación de irregularidad migratoria”⁵⁶⁷.

Debe hacerse notar que, lamentablemente, la postura restrictiva y ausente de consideración hacia el núcleo de la dignidad humana, ha sido asimismo adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como ilustración, valga mencionar la Sentencia de 18 de diciembre de 2014⁵⁶⁸ por la que resuelve cuestión prejudicial para la interpretación de determinados artículos de la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril⁵⁶⁹, en el marco de un litigio entre un nacional mauritano, señor M’Bodj y el Estado belga,

⁵⁶⁷ Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto de la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4585-2012.

⁵⁶⁸ STJUE, Gran Sala, de 18 de diciembre de 2014, recurso C-542/2013.

⁵⁶⁹ Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

en relación con la denegación de concesión de prestaciones sustitutivas de ingresos y de integración.

Según el Derecho de la Unión, la Directiva 2004/83, en su considerando 10, “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y, en particular, los principios establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [(en lo sucesivo, "Carta")]. En especial, la presente directiva tiene por fin garantizar el pleno respeto de la dignidad humana y el derecho al asilo de los solicitantes de asilo y los miembros de su familia acompañantes”. En concreto, en lo que atañe a asistencia social y sanitaria, se solicita la interpretación de los arts. 28 y 29 de la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril, que establecen normas mínimas relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria, ante la denegación por el Estado belga a nacional mauritano de las prestaciones sustitutivas de ingresos y de integración como consecuencia de secuelas padecidas por una agresión sufrida en el país de acogida.

En su fallo, el TJUE concluye que el Estado miembro no está obligado a conceder la asistencia social y sanitaria al solicitante, nacional de tercer país autorizado para residir en su territorio, aquejado de una enfermedad que genera un riesgo real para su vida o integridad física, a pesar de que en su país de origen no exista ningún tratamiento adecuado, sin que concurra una privación de asistencia denegada intencionalmente en dicho país⁵⁷⁰. Por otra parte, existe también la petición de interpretación de los artículos 2, letras e) y f), 15, 18, 20, apartado 3, de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, con respecto a lo cual el TJUE concluye asimismo en sentido desfavorable, al considerar que el solicitante no reúne los requisitos de nacionalidad y está inscrito en el registro de extranjeros. Se le considera una persona que no reúne los

⁵⁷⁰ Finalmente, el TJUE (Gran Sala) declara: “Los artículos 28 y 29 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, puestos en relación con los artículos 2, letra e), 3, 15 y 18 de la misma Directiva, deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no está obligado a conceder la asistencia social y sanitaria que esos artículos prevén a un nacional de un tercer país autorizado para residir en el territorio de ese Estado miembro en virtud de una legislación nacional como la que es objeto del litigio principal, que prevé la autorización de residencia en ese Estado miembro del extranjero aquejado de una enfermedad que genera un riesgo real para su vida o su integridad física o un riesgo real de trato inhumano o degradante, cuando no existe ningún tratamiento adecuado en el país de origen de ese extranjero o en el tercer país en el que residía anteriormente, sin que concurra una privación de asistencia denegada intencionalmente a ese extranjero en dicho país”.

requisitos legales establecidos para la concesión del estatuto de protección subsidiaria⁵⁷¹.

En fin, a propósito de esta Sentencia del TJUE, conviene traer a colación una nueva sentencia del TC que, pese a declarar la inconstitucionalidad de una medida controvertida que afecta a la dignidad en el ámbito laboral (aunque no se mencione), había quedado desautorizada unos meses antes en alguna medida (sin que la jurisprudencia constitucional se hiciera eco de ello) a través del canon de la justicia comunitaria europea en clave de discriminación. Nos referimos a la STC 118/2019, de 16 de octubre⁵⁷², que desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en relación con el artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. El meollo del asunto versaba absentismo laboral derivado de enfermedad, consistente en reiteración intermitente del número de faltas de asistencia al trabajo, justificadas o no, que hayan tenido lugar en un determinado período de tiempo. El órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial suscitaba la inconstitucionalidad del artículo 52 d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, del Estatuto de los Trabajadores; pero el TC falló la vulneración inexistente del derecho fundamental a la integridad física y moral, del derecho al trabajo y del derecho a la protección de la salud.

Este caso particularmente no se refiere a trabajadores extranjeros, pero creo importante traerlo aquí puesto que la vulneración de la dignidad en el ámbito laboral es patente. En el origen del case se hallaba una trabajadora que fue despedida por causas objetivas en virtud de lo establecido en el artículo 52 d) LET. Según se señala en la carta de despido, las ausencias de la trabajadora ascienden a nueve días hábiles de los cuarenta hábiles en los dos meses continuos que se han tenido en cuenta, lo que supone el 22,50 % de las jornadas hábiles del período. Por tanto, sobrepasan el veinte por ciento establecido en el artículo 52 d) LET para proceder al despido objetivo. Además, se

⁵⁷¹ Apartado 37 de la sentencia: “Corroboran esa interpretación los considerandos quinto, sexto, noveno y vigesimocuarto de la Directiva 2004/83, de los que resulta que, aunque ésta pretende mediante la protección subsidiaria completar la protección de los refugiados consagrada en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951, identificando a las personas realmente necesitadas de protección internacional (véase en ese sentido la sentencia Diakité, EU:C:2014:39, apartado 33), su ámbito de aplicación no se extiende a las personas autorizadas a residir en el territorio de los Estados miembros por otras razones, es decir por compasión o por motivos humanitarios y sobre una base discrecional”.

⁵⁷² STC 118/2019, de 16 octubre.

afirma en la carta que sus ausencias en los doce meses anteriores alcanzan el cinco por ciento de las jornadas hábiles. Ante tales hechos, el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 52 d) LET, por posible vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE, en la medida en que el precepto legal cuestionado permite al empresario extinguir la relación laboral por causa de absentismo derivado de enfermedades intermitentes de corta duración del trabajador, hayan dado lugar o no a la expedición de partes oficiales de baja médica. Entendido que el órgano judicial promotor de la cuestión considera, en síntesis, que esta disposición legal podría ser contraria a los derechos a la integridad física (artículo 15 CE), al trabajo (artículo 35.1 CE), y a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), se podría condicionar el comportamiento de los trabajadores en perjuicio de sus derechos, ya que, dado el temor a la pérdida del puesto de trabajo, el trabajador se vería en la obligación de asistir a trabajar todo y encontrarse enfermo, haciendo un sacrificio innecesario, que podría complicar la evolución de su enfermedad.

Pese a que el Tribunal Constitucional desestimó la cuestión de inconstitucionalidad, se dieron votos particulares en los cuales sí que se observó la dignidad en el ámbito laboral. El voto particular de la Juez Balaguer comparte la postura de otros votos formulados a la sentencia, por el Juez Valdés Dal-Ré, en la que se ha desarrollado una amplia argumentación sosteniendo que el artículo 52 d) ET resulta contrario al derecho al trabajo consagrado en el artículo 35.1 CE, por lo cual solo señala que el precepto impugnado no obedece a un incumplimiento por parte del trabajador o de la trabajadora de un contrato de trabajo. De este modo en la STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, se afirmó que el derecho al trabajo, en su aspecto individual, “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”. Por otra parte, en el mismo voto particular, se aduce que la invocación de la defensa de la productividad con la lucha contra el absentismo laboral, no es óbice para que se realice una ponderación por parte del órgano judicial que rebata la aplicación del artículo 52 d) del ET. Según el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se conoce que la actora padece “voluminosa hernia discal centrolateral izquierda migrada, que ejercer notoria compresión sacroradicular, que le produce lumbociatalgia, discopatía L3-L4 y L5-S1”. La totalidad de sus ausencias se encuentran justificadas por baja laboral o asistencia a

consulta médica, motivadas por bajas laborales debidas a lumbago, relacionado con padecimientos de espalda, acentuados por su trabajo sedentario de teleoperadora, que ejerce durante siete horas diarias.

En nuestra opinión, consentir que, en casos como el arriba descritos, se aplique la causa de extinción objetiva del artículo 52 d) ET vulnera frontalmente el derecho que reconoce el artículo 43.1 en conexión con el artículo 15 CE, y con el necesario respeto a la dignidad de la persona a que se refiere el artículo 10.1 CE, como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social.

Desde esta óptica, resulta importante señalar que la disposición controvertida ha sido derogada con efectos de 20 de febrero de 2020, mediante el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Y esa derogación se ha llevado a cabo al margen de la STC 118/2019, otorgando mayor peso a las Sentencias del TJUE de 18 de enero de 2018 (asunto *Ruiz Conejero*) y de 11 de septiembre de 2019 (asunto *Nobel Plásticos Ibérica*), justificándose así en la parte preambular del propio Real Decreto-ley 4/2020:

“La Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre, dictaminó que el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no era contrario a la Constitución Española, porque no vulneraba ni el derecho a la integridad física (artículo 15 CE), ni el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), ni el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE)”.

Ahora bien, tras tomar nota de la STC 118/2019, el Real Decreto-ley añade a renglón seguido:

“La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2018, dictada en el asunto *Ruiz Conejero*, estableció que el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no se acomoda a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por atentar al derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad, admitiendo solo con carácter excepcional, limitado y condicionado su aplicación cuando existiera análisis de adecuación y proporcionalidad. En el fallo de la STJUE de 18 de enero de 2018, dictada en el asunto *Ruiz Conejero*, el Tribunal advierte del carácter discriminatorio del precepto español entendiendo, no obstante, que si el

ordenamiento admite mecanismos de control de proporcionalidad y adecuación de la medida, cabría admitir su acomodación a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. En la STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto Nobel Plastiques Ibérica, el TJUE volvió de nuevo a establecer que el despido al que se llegara como consecuencia de una situación de bajas médicas reiteradas podía ser constitutivo de discriminación por razón de discapacidad. Pero en esta sentencia el TJUE estableció, además, que el empresario está obligado a realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo antes de proceder al despido de la persona con discapacidad derivada, entre otros factores, de sus faltas de asistencia al Trabajo”.

Y concluye así justificando la adopción de la nueva normativa derogatoria de la anterior:

“En definitiva, la doctrina del TJUE (en los asuntos *Ruiz Conejero* y en *Nobel Plastiques Ibérica*) obliga a que existan mecanismos dirigidos a contraponer y evaluar la situación concreta caso por caso, a efectos de determinar si la medida es proporcionada. Por contra, esta previsión de análisis «ad hoc» no existe en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que se aplica con carácter automático cuando concurren los porcentajes de inasistencia que refiere. La situación generada a partir de la jurisprudencia referida requiere la inmediata corrección normativa a efectos de asegurar que se aplica adecuadamente en España la doctrina establecida por el TJUE”.

C. La protección contra el despido

Desde la crisis económica y financiera global estallada a finales de 2008, y agravada por la crisis de Covid-19 desde inicios de 2020, una de las medidas “estrella” de austeridad en el ámbito laboral ha consistido en la flexibilidad en la contratación y, por tanto, en las mayores dificultades para hacer efectiva la protección frente al despido. Si ello es así en relación con los trabajadores nacionales, todavía se revela más crítica y vulnerable la situación en el caso de los trabajadores extranjeros. Y, en cualquier caso, es muy importante enfatizar el papel que puede jugar la toma en consideración de la jurisprudencia europea en materia socio-laboral cuando ella aporte estándares más favorables (además, por mandato constitucional interpretativo establecido en el artículo 10.2 CE⁵⁷³ y en coherencia con las tendencias más recientes de la tutela multinivel de

⁵⁷³ Precisamente, en la doctrina ha sido claramente argumentado que el cauce del art. 10.2 CE tiene gran potencial para incorporar estándares internacionales sociales, económicos y culturales que propendan a conseguir un bienestar de naturaleza material, necesario para el mantenimiento de una mayor cohesión e

los derechos y libertades, asimismo en el ámbito socio-laboral⁵⁷⁴), dado que la jurisprudencia constitucional española ha seguido una línea restrictiva en el terreno de los derechos fundamentales de los trabajadores, como ha sido duramente criticado en la doctrina⁵⁷⁵.

En este contexto, un primer pronunciamiento interesante tiene que ver con el caso de una trabajadora uruguaya que presta servicio doméstico, resuelto mediante la Sentencia núm. 1968 de 20 de octubre de 2015 del TSJ (Sala de lo Social) del País Vasco⁵⁷⁶, en la que se concluye que no es posible el despido nulo con readmisión, por lo que se le paga indemnización conforme a despido improcedente (la demandante reclama salarios hasta el momento de recaer sentencia y se le reconoce).

En concreto, la sentencia tiene su origen en el recurso de suplicación interpuesto por Adelina de nacionalidad paraguaya contra la sentencia del Juzgado de lo social núm. 1 de Bilbao, en 2015, frente a María. La actora, Adelina, ha venido prestando servicios laborales para María, como empleada de hogar, desde el 4 de noviembre de 2013 con una contraprestación de 900 euros. La actora presentó reclamación de salarios adeudados en fecha 25 de septiembre de 2014, siendo reconocido por las demandadas. Más adelante, en octubre del mismo año, la relación laboral queda finalizada de forma verbal por parte de la empleadora, sin pago de indemnización. El 28 de noviembre la actora formaliza su demanda, que fue estimada y obligaba a la parte demanda a pagar una indemnización de 945,95 euros.

integración social y política: así, ADNANE, Abdelhamid, “El artículo 10.2 CE: un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales: reflexiones tras la ratificación de España del Pacto Facultativo Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, *Lex Social*, vol. 1, núm. 1, 2011, pp. 126-140.

⁵⁷⁴ VALDÉS DAL-RE, Fernando, *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 110: dicho autor ha resaltado la necesidad de un compromiso inequívoco por atemperar y paliar “las asimetrías entre la densidad de los derechos laborales consagrados en el constitucionalismo europeo y la efectividad de su protección”, tanto más cuanto que esos derechos “forman parte del marco constitucional social y democrático que se ha ido edificando en Europa, no sin fatigas, a partir de la década de los años sesenta del siglo pasado” y, más aún, “no sólo pertenecen al código genético del constitucionalismo europeo; además, han actuado como uno de los más reseñables nutrientes del proceso de integración europea”.

⁵⁷⁵ En esta línea, se pronuncia de manera lapidaria BAYLOS GRAU, Antonio, “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional Español: auge y declive de la función de tutela”, *Revista de Derecho social*, núm. 69, enero 2015, p. 24: el citado autor llama la atención sobre las modificaciones que muestra la “dirección restrictiva de la función garantista que la jurisprudencia constitucional debe asumir, (...) con la característica común de que agravan sus efectos negativos tras el período de las ‘reformas estructurales’ y ‘recortes del gasto público’ que da inicio en el 2010 y se proyecta hasta nuestra actualidad. Es lo que se podría definir como el declive de la función de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores por parte del Tribunal Constitucional”.

⁵⁷⁶ STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), núm. 1968/2015, de 20 de octubre, recurso de suplicación número 1736/2015.

A esta sentencia la actora interpone recurso de suplicación, en 2015, que se centra en las circunstancias jurídicas de carácter económico que, en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio de hogar familiar, genera la calificación de nulidad de despido por vulneración de derechos fundamentales. En vista que este tipo de actividad laboral que se realiza en un domicilio particular del empleador o empleadora justifica la inaplicación del régimen general de reposición forzosa en el puesto de trabajo, por respeto a las personas que conviven en ese hogar familiar. Sumado a ello, la actora carece de permiso de residencia y de trabajo. La discrepancia de la actora radica en que la Juez a la hora de determinar la prestación, ha acudido a las reglas para el despido improcedente en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, a 33 días por año de servicio acreditado al tiempo del cese, sin tomar en cuenta el tiempo transcurrido hasta el momento de la sentencia, y sin hacer referencia a los salarios de los períodos comprendidos entre el despido y la fecha de la resolución judicial. Solución a la que se opone la recurrente, amparándose entre otros, a la doctrina unificada relativa al derecho a los salarios de tramitación de los trabajadores extranjeros en situación irregular.

La Sala aduce dos consideraciones para delimitar su análisis. Primero: existe una laguna en el régimen jurídico del trabajo doméstico con respecto a la calificación de nulidad de despido, en tanto que el artículo 11. 2 del Real Decreto 1620/2011 solo hace referencia a la improcedencia. Segundo: la decisión judicial de suplir el vacío normativo excluyendo la reincorporación obligatoria al puesto de trabajo y estableciendo los efectos económicos acorde a lo pautado para el despido improcedente. Al no ser pertinente la readmisión al puesto de trabajo, no hay razón que ampare que la jueza equipare las consecuencias del despido nulo a las del despido improcedente, principalmente cuando elegirlo se traduzca en una tutela mermada, sin fundamento objetivo, frente a un acto extintivo lesivo de los derechos fundamentales de una trabajadora, que además, a diferencia de los trabajadores sujetos a relación laboral común, no se beneficia de la prestación por desempleo (lo cual, según mi parecer, atenta su dignidad laboral, es decir, en el trabajo, al no tener los mismos derechos que los demás trabajadores) y no ha solicitado indemnización adicional por la conculcación de esos derechos. La declaración de nulidad del despido sin posibilidad de readmisión debe conllevar la condena del cabeza de familia (empleador en el caso de trabajo de hogar) al pago de la indemnización legal, computándose como tiempo trabajado el transcurrido

hasta la fecha de la sentencia, y a los salarios no percibidos por la trabajadora de hogar desde el momento del cese hasta la fecha de la sentencia. Así, estimado el recurso de suplicación interpuesto por parte de la trabajadora, se condena a la empleadora a pagar la indemnización pertinente (1.464,21 euros) y a los salarios dejados de percibir, a razón de un salario mensual de 900 euros.

Como complemento del estudio del pronunciamiento anterior, merece la pena detenerse en otro más reciente, particularmente la Sentencia núm. 428 de 22 de abril de 2019 del TSJ de Madrid (Sala de lo Social)⁵⁷⁷, en el marco de un asunto originado por extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral de la trabajadora debido al incumplimiento contractual del empleador, produciéndose una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuyos efectos van en perjuicio del trabajador.

Este caso, aunque no trata de una persona extranjera, sí que tiene relevancia porque se atenta contra la dignidad de la trabajadora con discapacidad, por lo que interesa para este trabajo, tanto más cuanto que la situación podría ser germen de una discriminación múltiple⁵⁷⁸. Felicísima, trabajadora con discapacidad, presentó demanda ante el Juzgado de lo Social contra “Ilunion Outsourcing, S.A” (en adelante “Ilunion”), en reclamación de resolución de contrato, basándose en las prevenciones del art. 50. a) ET. La sentencia del Juzgado de lo Social número 40 de Madrid estima la pretensión en 2019 por lo que la empresa condenada recurre con amparo en los apartados. a), b) y c) del artículo 193 LRJS. La parte recurrente rechaza la posibilidad de extinguir la relación laboral conforme a las previsiones del artículo 50.1.a) ET aduciendo falta de los presupuestos que requiere su aplicación, ya que no se ha producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo, conforme resulta de los arts. 20 y 14 de los convenios (VII Convenio colectivo de V2 Complementos Auxiliares, SA. (BOE 11/4/14) y posteriormente por el VIII Convenio colectivo de “Ilunion Outsourcing, SA.” (BOE 14/12/18), ni, de haber existido tal clase de modificación, podría apreciarse menoscabo de la dignidad de la trabajadora.

La Sala opina que la dignidad de la actora, la trabajadora con discapacidad, es la que debe tomarse en consideración para resolver y ciertamente no consta en la

⁵⁷⁷ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 6ª, núm. 428/2019, de 22 de abril, recurso de revisión 1207/2018.

⁵⁷⁸ Como bien ha analizado BALLESTER CARDELL, María, en “Mujer y discapacidad”, SERRA CRISTÓBAL, Rosario (Coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 155-198.

resolución impugnada ninguna referencia a la lesión de ese valor, de la dignidad, ni se toma en cuenta su alcance. A tal efecto, a propósito del requisito del artículo 50.1.a) ET, la Sala nos remite a la doctrina constitucional expresada en la ya mencionada STC 236/2007, trayendo a colación concretamente su FJ 3:

“... la dignidad de la persona, como ‘fundamento del orden político y la paz social’ (art. 10.1 CE) obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador”. Además, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid extrae de esa jurisprudencia constitucional que, para determinar los derechos que se desprenden de la dignidad humana revisten especial relevancia “la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

De esta doctrina se concluye con la falta de concurrencia de lesión de la dignidad de la trabajadora, ya que la única infracción empresarial que cabe apreciar es su indebida asignación a un puesto de trabajo fuera de su localidad de destino inicial, lo que daría pie al ejercicio de las acciones del artículo 40 ET, pero no a las del 50 ET. Hemos de resaltar además que la sentencia de instancia no hace mención a esa eventual lesión de la dignidad de la actora. Ésta basaba su demanda en la lesión del artículo 15 ET, que nada tiene que ver con la dignidad, lo que nos lleva a decir que no cabe mezclar los derechos tutelados en los diversos preceptos constitucionales.

Finalmente, el recurso de suplicación interpuesto por Ilunion contra la sentencia del Juzgado de lo Social, en virtud de la demanda interpuesta por trabajadora con discapacidad por resolución de contrato, es estimado. Pese a ello, más allá del caso concreto, lo relevante es que esa jurisprudencia constitucional que realza la dignidad, también de la persona trabajadora y más aún en el supuesto de situaciones de

vulnerabilidad, es susceptible de ser aplicada en otros casos en sentido favorable a la parte trabajadora más débil cuando concurren circunstancias laborales que conculquen su dignidad en el trabajo.

Y, por otra parte y sobre todo, nos interesa destacar que esa jurisprudencia constitucional apela a los estándares internacionales en la materia. Sobre este punto, en materia de protección frente al despido, conviene detenerse brevemente en la reciente jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que rechaza el poner un tope o tanto alzado a la indemnización por despido, dado que ello podría no reflejar el daño infligido a la persona trabajadora.

Merece nuestra atención, concretamente, la decisión de fondo del CEDS de 11 de septiembre de 2019 (hecha pública el 11 de febrero de 2020), sobre resolución de la Reclamación colectiva núm. 158/2017 (*CGIL-Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia*); en ella, el sindicato reclamante denunciaba la vulneración del derecho a la protección en caso de despido del artículo 24 CSE revisada, por cuanto el Decreto-ley núm. 23/2015 relativo a la protección aplicable a los asalariados del sector privado en caso de despido ilegal prevé un mecanismo de cálculo de la indemnización que establecería un tope desvinculado del perjuicio real sufrido por el trabajador o trabajadora; norma corroborada por el posterior Decreto-ley núm. 87 de 12 de julio de 2018 (pese a haber aumentado esta última norma los montantes mínimo y máximo de la indemnización prevista por la disposición precedente). El caso es que el CEDS acogió la demanda colectiva, estimando efectivamente que hubo violación de la citada disposición, tras concluir que “ni las vías jurídicas alternativas que ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del límite establecido por la ley vigente, ni el mecanismo de conciliación, tal como se prevén por las disposiciones litigiosas, permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y susceptible de disuadir para recurrir a los despidos ilegales” (§§ 104-105). En realidad, como se ha comentado⁵⁷⁹, se trata de una conclusión que, de algún modo, contaba con el aval de la jurisprudencia del propio CEDS en el sistema de informes y en el mecanismo de reclamaciones colectivas, además de afortunadamente coincidir con la propia jurisprudencia constitucional italiana, como se pone de manifiesto en la misma decisión

⁵⁷⁹ JIMENA QUESADA, Luis, “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2018-2019”, *Lex Social*, vol. 2, núm. 10, 2020, p. 820.

de fondo (§ 96): “El Comité recuerda que cualquier tope o límite que pueda tener el efecto de que las indemnizaciones otorgadas no estén en relación con el perjuicio sufrido y no sean suficientemente disuasorias es, en principio, contrario a la Carta, como lo ha declarado también, en cierta medida, la Corte Constitución italiana en su sentencia núm. 194/2018. En caso de tope de las indemnizaciones otorgadas como compensación por el perjuicio material, la víctima debe poder pedir reparación por el perjuicio moral sufrido a través de otras vías jurídicas, y las jurisdicciones competentes para otorgar una indemnización por el perjuicio material y moral sufrido deben pronunciarse en un plazo razonable (*Finnish Society of Social Rights c. Finlandia*, Reclamación núm. 106/2014, decisión de admisibilidad y de fondo de 8 de septiembre de 2016, § 46, Conclusiones 2012, Eslovenia y Finlandia)”.

En todo caso, esta decisión de fondo de 11 de septiembre de 2019 del CEDS sobre la Reclamación núm. 158/2017 merece una importante conclusión, a saber, el ofrecer una interpretación asumible por los órganos jurisdiccionales nacionales cuando hayan de interpretar normativa similar a la italiana. Así ha sucedido, como nos recuerda Carmen Salcedo, con los órganos jurisdiccionales sociales en Francia, en donde han asumido el canon internacional frente a la reforma introducida en 2017 en el Código de Trabajo (art. L. 1235-3-1 del *Code du travail*) precisamente en esa materia de establecimiento de límite de las indemnizaciones por despido abusivo (*plafonnement des indemnités pour licenciement abusif*). En particular, desde finales de 2018 ha habido numerosos pronunciamientos de los *Conseils de Prud’hommes* mediante los que han decidido no aplicar la norma nacional controvertida por ser contraria al artículo 10 del Convenio núm. 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo y al artículo 24 CSE revisada⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ Tales pronunciamientos han sido ilustrativamente percibidos en clave de “revuelta y «coherencia» de los *Conseils de prud’hommes* frente a la modificación de las indemnizaciones por despido injustificado: el Convenio núm. 158 de la OIT y la CSE revisada como trinchera de resistencia”: SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 434, 2019, p. 184. Por otra parte, una interesante mirada crítica al Derecho comparado en esta materia, con atención a los parámetros internacionales (incluidos los de la OIT y la jurisprudencia del CEDS) en MURCIA CLAVERÍA, Ana, “Despido improcedente: una sanción mínima y polémica que no garantiza el derecho a la protección contra un despido injustificado”, en MURCIA CLAVERÍA, Ana, y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (Dirs.), *El despido en España tras la reforma laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 119-145.

5.3.3. La protección social de los trabajadores migrantes y las personas a su cargo

A. Prestaciones por desempleo

Como es sabido, el derecho a un trabajo digno comprende, tal como establece el art. 23.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, “una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana”, añadiendo inmediatamente que dicha remuneración “será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. A esta necesidad atiende este epígrafe, por referencia diversos aspectos de la protección social, lo cual viene además previsto por el artículo 22 de la propia Declaración Universal en el amplio marco del derecho a la seguridad social, que atiende igualmente al respeto de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad⁵⁸¹.

En este contexto, nos parece interesante empezar con el análisis de una sentencia del TSJ (Sala de lo Social) de Madrid, de 23 de junio de 2017⁵⁸², que resuelve el recurso de suplicación formulado por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 23 de Madrid, originada a instancia de ciudadano peruano que reclama prestaciones de desempleo.

En cuanto a los antecedentes del litigio, nos encontramos con un trabajador extranjero extracomunitario con contrato de trabajo, suscrito el 11 de mayo de 2012 y con finalización el 10 de mayo de 2016, para la formación como especialista médico interno residente (MIR), en el Hospital Central de la Cruz Roja de Madrid, que no tiene derecho a la prestación por desempleo ya que solamente tenía autorización de estancia y no de trabajo. La estancia autorizada ha finalizado cuando terminan los cursos de MIR en el que no existe deber de cotizar por desempleo. Cabe avanzar que el TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid y confirma la resolución del Servicio público que denegaba al actor las prestaciones por desempleo.

Más específicamente, el trabajador solicitó al finalizar el contrato temporal de cuatro años, prestaciones por desempleo que el Hospital denegó alegando que “no se encuentra entre las personas protegidas por el artículo 264 del TRLGSS, ni entre los que

⁵⁸¹ Así dice el artículo 22 de la DUDH: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

⁵⁸² STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 621/2017, de 23 de junio, rec. 376/2017.

deben cotizar por la protección por desempleo”, pese a que el propio IMSALUD-Hospital Central Cruz Roja Española expidió el correspondiente Certificado de Empresa declarando unas cotizaciones por desempleo por cuenta del actor, de 20.364,70 €.

La sentencia de la demanda promovida por el ciudadano peruano frente al SEPE declaró el derecho del actor a percibir las correspondientes prestaciones por desempleo, por un periodo de 540 días, desde el 11 de mayo de 2016. Ante esta sentencia se formaliza recurso de suplicación por parte del SEPE. Se alega la infracción de lo establecido en el artículo 264 de la LGSS⁵⁸³, sobre las personas comprendidas en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, en relación con lo previsto en el Reglamento de la LO 4/2000, artículos 37 y 43 y disposición adicional decimosexta. Para llegar a su conclusión desestimatoria, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid se remite a su interpretación ya establecida en una previa sentencia de 5 de febrero de 2016 (rec. 699/15), con los siguientes razonamientos:

“La doctrina constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse con reiteración sobre la diferencia de trato en el ejercicio de derechos por parte de los extranjeros que se encuentran en España respecto a los nacionales españoles. Entre las más recientes sentencias que han abordado este tema figura la 236/2007, en la que se indica:

"Se plantea así por primera vez ante este Tribunal la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Este dato ha de resultar decisivo para el enjuiciamiento que debemos efectuar, ya que, si bien la Constitución no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad de su estancia o residencia en España, sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia para configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere preceptos o principios constitucionales.”

Nuestra jurisprudencia ha reiterado que existen derechos del título I que "corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles" (STC 107/1984, FJ 3) puesto que

⁵⁸³ Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

gozan de ellos "en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]" (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3).

En efecto, estos derechos son los que "pertenece a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos o, dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 CE es el fundamento del orden político español" (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). Son derechos "inherentes a la dignidad de la persona humana" (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva».

Al mismo tiempo, la misma Sala de lo Social del TSJ de Madrid se remite a otra de sus antecedentes sentencias, concretamente a la dictada en fecha 17 de noviembre de 2014 (rec. 594/14), en su fundamento de derecho tercero:

“De los preceptos transcritos se desprende que los extranjeros que cursen en España estudios de formación sanitaria especializada de acuerdo con la Ley 44/2003, de 11 de noviembre, de profesiones sanitarias, quedan sometidos al régimen de autorización de estancia a efectos de estudios -art. 33.8 LO 4/2000- y en cuanto ostenten un título español de licenciado o graduado en medicina, farmacia, enfermería u otros títulos universitarios que habiliten para participar en las convocatorias anuales de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada, podrán realizar, si obtienen plaza, las actividades laborales derivadas de lo previsto en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, sin que sea necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo. La duración de la estancia es la misma que la de la actividad, en este caso la duración de los estudios de MIR regulados en el RD 1146/06. En definitiva, legalmente la consideración de la

situación de la actora, como la de los facultativos extranjeros en su misma situación, es la de autorización de estancia por estudios, si bien dada la singularidad de tales estudios que dan lugar a una relación laboral de carácter especial, el reglamento prevé expresamente que esa actividad laboral la pueden realizar sin necesidad de autorización de trabajo. Finalmente, en esa situación no se ha de cotizar por la contingencia de desempleo, como establece la disposición adicional decimosexta del reglamento.

Por ello, en consonancia con las tesis del recurso, se ha de concluir que con arreglo al art. 205.1 de la LGSS ("Estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen general de la Seguridad Social") la demandante no queda incluida en la protección por desempleo, ya que solamente tenía una autorización de estancia y no de trabajo, habiendo finalizado ya la estancia autorizada al finalizar los cuatro cursos de MIR, y no debía cotizar por la contingencia de desempleo, sin perjuicio del eventual derecho a la devolución de cuotas que no se puede abordar en este proceso".

Por todo lo expuesto, se estima el recurso de suplicación, no considerándose una vulneración a la dignidad de la persona trabajadora no tener derecho al paro, conclusión que se alcanzaría, no por ser extranjera, sino por no haber cotizado para tener ese derecho.

Es interesante completar los anteriores pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria agregando que pueden llegar a tener relevancia o trascendencia constitucional ante el TC en la vía del amparo. Ello lo ilustra la STC 130/1995, de 11 de septiembre,⁵⁸⁴ por la que se otorga amparo y anula la Sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 29 de septiembre de 1992, así como la del Juzgado de lo Social núm. 2 de Castellón de 5 de febrero de 1991, a propósito del reconocimiento del derecho de un trabajador marroquí al cobro de prestaciones por desempleo y también sobre igualdad con los nacionales españoles cuando se cumplen los requisitos legales para la obtención de beneficios de la Seguridad Social. Por añadidura, el núcleo de la discusión se relaciona con la efectividad del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, así como por la primacía en la materia de las normas comunitarias.

⁵⁸⁴ STC, Sala Segunda, 130/1995, de 11 septiembre, rec. 2823/1992.

El recurrente, de nacionalidad marroquí, que había trabajado como tripulante en empresa española, vio desestimada, tanto por el Instituto Social de la Marina como por los Tribunales del orden social, su solicitud de prestación por desempleo, impugna dichas resoluciones por entender que las mismas le han discriminado por razón de su nacionalidad y solicita el restablecimiento de su derecho a un trato igual, en aplicación del artículo 14 C.E.

El TC recuerda que, al igual que en la previa STC 107/1984, se plantea una cuestión de igualdad de los ciudadanos extranjeros respecto de los españoles, en este caso, si deben ser tratados igualmente en cuanto a la percepción de la prestación por desempleo. Dicha sentencia interpretó que, “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana). existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”⁵⁸⁵.

De esta doctrina se desprende que el derecho invocado por el recurrente como vulnerado (por discriminación en razón de su ciudadanía marroquí) de percibir la prestación por desempleo en igualdad con los trabajadores españoles del mismo sector, estará supeditado a que por ley o por tratado internacional aplicable, le sea aplicable ese derecho como a los españoles, porque solo así le alcanzarán, como a éstos, los beneficios del régimen público de Seguridad Social a los que se refiere el art. 41 C.E.

Por otra parte, entra en escena el Acuerdo de Cooperación entre la entonces Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos, aprobado por el Reglamento 2.211/1978 del Consejo de la CEE y firmado en 1976, cuyo art. 41.1 constituye una disposición que ha de considerarse de aplicación directa en la Comunidad. Dicho artículo dispone que los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia residentes en el territorio de un Estado miembro de la CEE “se beneficiarán, en el sector de la Seguridad Social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados”. Precepto que, como

⁵⁸⁵ FJ 2.

también toma en consideración el TC, fue interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 31 de enero de 1991 (caso *Kziber*),⁵⁸⁶ señalando que el principio de no discriminación basada en la nacionalidad implica que al interesado que cumple con todos los requisitos exigidos por la legislación nacional para disfrutar de las prestaciones de desempleo “no puede denegársele la concesión de dichas prestaciones por razón de su nacionalidad”. En conclusión, por parte del TC se considera lesionado el derecho del recurrente a la igualdad ante la ley que el art. 14 CE garantiza, lo cual conduce al otorgamiento del amparo solicitado, anulando las Sentencias impugnadas.

B. Pensiones de viudedad con elemento de extranjería

Abordamos en este epígrafe un pronunciamiento de sumo interés, no únicamente por entrar en escena el elemento de extranjería en cuanto a las personas implicadas, sino asimismo en cuanto a la normativa internacional y la interpretación de conformidad con los estándares internacionales a la luz del art. 10.2 CE. Efectivamente, nos referimos a la STS (Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo), núm. 84, de 24 de enero de 2018⁵⁸⁷, sobre pensión de viudedad ante una situación de poligamia del súbdito marroquí causante.

En síntesis, cabe avanzar que la Sentencia del TS posee una gran relevancia en la toma en consideración de las normas internacionales en el ordenamiento interno, al determinar el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria que no impide, por razones de orden público, el reconocimiento de la pensión de viudedad a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con él. En esta línea, existe ampliación o extensión de la condición de beneficiarias, por vía interpretativa, conforme al artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, puesto que se procede al cálculo de la pensión partiendo de su distribución por partes iguales entre las viudas. En cuanto a los precedentes del asunto, el TSJ Madrid había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Ministerio de Defensa que denegó a la actora su solicitud de pensión de viudedad. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación promovido por la demandante, anula la sentencia de instancia y declara su derecho a percibir la pensión generada por su esposo,

⁵⁸⁶ STJUE de 31 de enero de 1991, asunto C-18/90 (*Office national de l'emploi/Kziber*).

⁵⁸⁷ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, núm. 84/2018, de 24 de enero, recurso de casación 98/2017.

de origen marroquí, con efectos económicos desde el día siguiente al de su fallecimiento, calculando su importe teniendo en cuenta que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con él.

En cuanto a la argumentación, el TSJ había partido de la base que los arts. 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, serían la fuente generadora del derecho a la pensión de viudedad de la recurrente (y de todas las esposas que de acuerdo con la ley personal del causante estuvieran simultáneamente con el causante perceptor de una pensión con cargo al estado español). Además de que su denegación por la sentencia impugnada en casación es consecuencia de concurrir una situación de poligamia del súbdito marroquí causante de ella. Se ha de analizar si tal situación de poligamia conforma una razón de orden público que justifica tal denegación. Además, la sentencia impugnada niega la pensión de viudedad por no estar contemplada más que para los supuestos de matrimonio monógamo en el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 680/1987. Por añadidura, la poligamia es contraria a la legislación española y al orden público, entendido como el *conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico*, además que acredita la inexistencia de un grado suficiente de integración en la sociedad española, por otra parte, la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos y un atentado contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer; lo cual, por lo demás, téngase en cuenta que concurre con otras discriminaciones familiares (como al situación de los hijos extramatrimoniales) en Marruecos, como acertadamente ha sido criticado en la doctrina⁵⁸⁸. Y, a mayor abundamiento, sobre el concepto de la poligamia, según la sentencia revisada en casación (que expone en su fundamento de derecho sexto, con cita de las sentencias de la propia Sala de 14 de julio de 2004, de 10 y de 18 de junio de 2008, y de 14 de julio de 2009, y con transcripción de la dictada el 4 de julio de 2011) se esgrime que "la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC)".

⁵⁸⁸ ADNANE, Abdelhamid, "El trato discriminatorio de la filiación extramatrimonial en Marruecos", *Revista de Derecho Político*, núm. 86, 2013, p. 304: tras su estudio, el autor concluye que nos hallamos ante un claro anacronismo.

Ahora bien, esgrimido lo anterior, el TS tienen en cuenta en su *ratio decidendi* que el propio Estado Español, como sujeto de derecho internacional y a pesar de la proscripción del matrimonio polígamo en nuestro ordenamiento jurídico, admite un determinado efecto a dicho matrimonio en el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979: que las sucesivas esposas del trabajador marroquí causante de la pensión puedan ser en España beneficiarias de esa pensión generada por el esposo polígamo y siempre que fuesen beneficiarias de dicha prestación según la propia legislación marroquí⁵⁸⁹. Por tanto, prosigue el TS en su razonamiento, en nuestro ordenamiento jurídico y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución Española, existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios polígamos de súbditos marroquíes, otorgando vigencia consecuentemente a la prevalencia de los tratados internacionales sobre la normativa interna, lo cual es coherente asimismo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y con la Ley española 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales⁵⁹⁰. Entonces, en respuesta a la primera de las cuestiones de interés casacional, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad y ello aunque nos encontremos en un supuesto de clases pasivas del Estado. Por todo lo expuesto la Sala decide haber lugar al recurso de casación interpuesto por una de las viudas del ciudadano marroquí, Elvira, contra la Sentencia dictada el 18 de octubre de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid. En particular, la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.

Dicho lo cual, el fallo del TS no fue unánime. En efecto, existe un voto particular discordante a la sentencia de casación, que se basa en que la previsión del citado

⁵⁸⁹ Este Convenio, en el preámbulo, dice: “*El Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Marruecos. Resueltos a cooperar en el ámbito social.*

Afirmando el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos.

Deseosos de asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos países que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro país una mejor garantía de los derechos que ellos hayan adquirido.

Han decidido concluir un Convenio tendente a coordinar la aplicación, a los nacionales de los dos países, de las legislaciones de España y del Reino de Marruecos”.

⁵⁹⁰ Esa prevalencia la establece más precisamente el artículo 31 de la Ley 25/2014: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

Convenio “implica reconocer una pensión que, por definición y naturaleza, sólo puede reconocerse en España en quien concurra un doble presupuesto: haber estado unido en matrimonio y un matrimonio conforme a la legislación española y, en todo caso, reconocible desde las señas de identidad de tal instituto conforme a nuestro ordenamiento jurídico”. Por lo que sostiene la aplicación restrictiva del citado Convenio, ya que lo contrario implica reconocer un derecho para quien ha estado unido matrimonialmente, bajo una forma matrimonial no reconocida en España, y que además se asienta sobre una base constitutiva de delito por ser contrario al sistema de valores que protege el ordenamiento español. A tal efecto, subrayan los magistrados discrepantes que muchos pronunciamientos a los que hace referencia la sentencia de la cual discrepa el voto particular, declaran la improcedencia de reconocer a efectos del régimen general de extranjería o de nacionalidad a uniones polígamas. Tales pronunciamientos, aduce el propio voto particular, se basan en el adecuado entendimiento del concepto de orden público y el matrimonio polígamo sólo admite una interpretación restrictiva que evite además la fragmentación de un instituto como es el matrimonio. Finalmente, el voto particular advierte que ha de tenerse en cuenta que la actual situación social de España es muy diferente a la del momento de firmarse el Convenio referido. Son millones las personas que viven legalmente en España procedentes de países de religión musulmana y su acogida e integración en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer.

C. Prestaciones de maternidad

En este epígrafe nos parece oportuno estudiar una sentencia del Tribunal Supremo que pone en conexión el reconocimiento de prestaciones de maternidad con la controversia en torno a la biomedicina y los derechos humanos. Pese a que no aborde la situación de una trabajadora extranjera, sí entran en juego elementos de extranjería derivados del litigioso reconocimiento de situaciones jurídicas y pronunciamientos jurisdiccionales adoptados en el extranjero. Nos referimos a la STS núm. 953 de 16 de noviembre de 2016 de la Sala de lo Social⁵⁹¹, que estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ Madrid, que casa y anula,

⁵⁹¹ STS, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, núm. 953/2016, de 16 de noviembre, recurso de casación 3146/2014.

para resolver el debate de suplicación en el sentido de declarar el derecho de la trabajadora a la prestación de maternidad, luego de una gestación por subrogación.

Concretamente, la situación del menor, nacido por gestación por sustitución e inscrito en el Consulado de España en Los Ángeles, deriva de una sentencia extranjera que declara la filiación del niño, cuya finalidad y efectos pueden considerarse similares a los previstos para la adopción y el acogimiento. Para el Tribunal Supremo, el interés superior del menor cuyo respeto es el que ha de guiar cualquier decisión que les afecte, como así se desprende de los artículos 14 y 39 CE, que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos.

En cuanto al origen de los hechos hemos de tener en cuenta que, en virtud de demanda presentada por D.^a Adela y D. Ramiro, contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, sobre prestación de maternidad, en diciembre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 31 de los de Madrid, dictó sentencia desestimando totalmente la demanda interpuesta. Adela prestaba servicios en la sanidad de la Comunidad de Madrid. En abril de 2013 la Corte Suprema de California dictó sentencia declarando que el *nasciturus* Celso es hijo de la actora y de D. Ramiro. En mayo del mismo año el nacido es inscrito en el Registro Civil de San Diego y en agosto se le inscribe en el Consulado General de España en los Ángeles. En ese mismo mes de mayo la actora solicitó la prestación de maternidad, siendo denegada por el INSS por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad. También se ha denegado la prestación de paternidad al Sr. Celso. Ante dicha denegación, Adela presenta recurso de suplicación que fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Y contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, D.^a Adela interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 20 de septiembre de 2012, recurso 1604/2012, dado que gran número de sentencias de salas de lo social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado de modo dispar acerca de la cuestión⁵⁹².

⁵⁹² FJ 3: “A modo de ejemplo, no exhaustivo, podemos citar entre las sentencias que han concedido la citada prestación las siguientes: Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2012, recurso 1875/2012; de 3 de marzo de 2013, recurso 3783/2012; 23 de diciembre de 2014, recurso 497/2014; de 17 de julio de 2015, recurso 429/2015; de 12 de febrero de

En el contexto de esa disparidad, el Tribunal Supremo unifica doctrina en el sentido de considerar que la decisión de la autoridad registral de California es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia y por ser contraria al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de octubre, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Además, junto con dicho principio hay otros que han de tomarse en consideración como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse determinadas mujeres, impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. En conclusión, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Adela, declarando el derecho de la actora a percibir la prestación de maternidad durante 112 días, con fecha de efectos de 31 de mayo de 2013.

5.3.4. Otros aspectos de protección social atinentes a movilidad territorial en el seno de la UE (personas extranjeras comunitarias)

Como es conocido, desde que España ingresó en las entonces Comunidades Europeas (actual UE) a partir del 1 de enero de 1986, el impacto de la distinción entre extranjeros comunitarios y extracomunitarios resulta insoslayable.

Desde esta perspectiva, en la temática que tratamos, es interesante aludir a la STJUE, asunto *Dano*, de 11 de noviembre de 2014⁵⁹³, por la que el Tribunal resuelve cuestión prejudicial e interpreta los arts. 4 y 70 del Reglamento 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social y del art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

2016, recurso 739/2015 y de 31 de marzo de 2016, recurso 577/2015. Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 23 de noviembre de 2012, recurso 6240/2011; de 9 de marzo de 2015, recurso 126/2015; de 1 de julio de 2015, recurso 2460/2015; de 15 de septiembre de 2015, recurso 2299/2015 y de 11 de febrero de 2016, recurso 6519/2015. En sentido contrario, denegando la prestación se han pronunciado, entre otras las siguientes sentencias: Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de julio de 2014, recurso 142/2014 y de 5 de octubre de 2015, recurso 473/2015. Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014, recurso 749/2014 y de 3 de mayo de 2016, recurso 651/2016”.

⁵⁹³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia de 11 de noviembre de 2014, *Dano*, Asunto C-333/2013.

En el caso de prestaciones no contributivas para ciudadanos de la Unión Europea, un Estado miembro puede excluir a nacionales de otros Estados miembros que no ejercen actividad económica, cuyo período de residencia en el Estado miembro de acogida ha sido superior a tres meses, pero inferior a cinco años, de la percepción de determinadas prestaciones especiales en metálico no contributivas. Es obligación del ciudadano de la Unión que no ejerce una actividad económica de disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes. Admitir, que personas que no disfrutaban del derecho de residencia, en virtud de la Directiva 2004/38, puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales, iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, consistente en evitar una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los arts. 18 TFUE y 20 TFUE, apartado 2 y párrafo segundo; de los arts. 1, 20 y 51 CDFUE, entre otros. El caso se refiere a un litigio entre la madre e hijo, de apellido Dano, de nacionalidad rumana (por tanto, europea comunitaria) y el *Jobcenter* en Leipzig (Centro de ayuda para parados y trabajadores) referente a la negativa de éste a concederles las prestaciones del seguro básico consistente en la prestación de subsistencia para la madre y para su hijo, el subsidio social, además de la participación en los gastos de alojamiento y calefacción, previstas en la legislación alemana.

El *Sozialgesetzbuch Erstes Buch* (Código alemán de Seguridad Social, Libro I), en su art. 19 *bis*, apartado 1, establece dos tipos principales de prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo: “Podrán reclamarse en concepto de derecho al seguro básico para demandantes de empleo: 1. Prestaciones que tengan por objeto la inserción laboral. 2. Prestaciones que tengan por objeto garantizar la subsistencia”. El punto 2 es el que más podemos relacionar con la dignidad de los trabajadores, puesto que la subsistencia es prioritaria a cualquier otra situación, como, por ejemplo, la inserción laboral. Por otra parte, el art. 1 del Código alemán de Seguridad Social, Libro II titulado «Función y objetivo del seguro básico para demandantes de empleo», dispone, en sus apartados 1 y 3, lo siguiente: “*El seguro básico para demandantes de empleo tendrá por objeto permitir que sus beneficiarios lleven una vida acorde con la dignidad humana*”.

Según el marco jurídico europeo, el Reglamento núm. 883/2004 (que sustituyó, a partir del 1 de mayo de 2010, al Reglamento núm. 1408/71), a tenor de los

considerandos 1, 16 y 37 dicta que: “(1) Las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas”.

De los autos se desprende que la Sra. Dano reside en Alemania desde hace más de tres meses, que no busca empleo y que no entró en el territorio de dicho Estado miembro para trabajar en él, de modo que no está comprendida en el ámbito de aplicación personal del art. 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Desde esta perspectiva, se ha comentado que “en definitiva y a juicio del Tribunal de Justicia, la igualdad de trato en la percepción de las ayudas sociales depende estrictamente del derecho a la residencia. Para los que no gocen de este derecho y aun cuando sean ciudadanos de la Unión cabría una discriminación por parte de las autoridades nacionales. El intento de aplicar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión fue desechado por el Tribunal de Justicia en la medida en que quedaría fuera del ámbito del Derecho de la Unión”⁵⁹⁴. A este respecto, además de despreciar el alcance de la Carta como parte del Derecho de la UE para hacer valer la primacía de dicho ordenamiento⁵⁹⁵, podemos criticar, siguiendo a Javier de Lucas, que el hecho de migrar se convierte en una libre elección y no en una necesidad cuando hay posibilidades vitales y, en el contexto actual, esto no es así⁵⁹⁶.

Una problemática similar (pero antes del ingreso Rumanía en la UE) ya se había planteado en España años antes ante la jurisdicción constitucional: se trata, concretamente, de la STC 95/2000, de 10 de abril⁵⁹⁷, por la que se atiende el recurso de amparo reponiendo al recurrente en su derecho en los términos de la sentencia de instancia con la anulación de la del Tribunal Superior Justicia Madrid (Sala de lo Social), de 9 de julio de 1996. Se trata, como se avanzaba, de los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España relacionado con el

⁵⁹⁴ ORDÓÑEZ, SOLÍS, David, “Comentario de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm.52, 2015, p. 182.

⁵⁹⁵ Como ya expuso BALLESTER CARDELL, María: “Relación entre Derecho comunitario y Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 46, 1999, pp. 105-148: “la primacía y la eficacia directa del Derecho comunitario significa una importante ‘revolución’ en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico” (p. 107), si bien ya alertaba dicha autora sobre “la posibilidad de que la protección dispensada por el Derecho comunitario a los derechos fundamentales fuera menor a la que reciben en el ordenamiento interno de algún Estado miembro” (p. 132).

⁵⁹⁶ DE LUCAS, Javier, “Reconocimiento, inclusión y ciudadanía. Los derechos de los inmigrantes”, en AÑÓN, M.J. (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 264.

⁵⁹⁷ STC, Sala Primera, núm. 95/2000, de 10 de abril, rec. 3477/1996.

principio de igualdad y no discriminación, en particular, por la denegación de la asistencia sanitaria a ciudadana rumana, ciudadana de un tercer país (recuérdese que Rumanía se adhirió a la UE junto con Bulgaria, a partir del 1 de enero de 2007), que vive en unión de hecho con trabajador español.

El recurrente, como titular del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, solicitó en 1994 incluir como beneficiarios del mismo a una ciudadana de nacionalidad rumana sin ingresos propios, así como a la hija que con ella había tenido en 1993, constando notarialmente su compromiso de mantener económicamente a ambas, de hacerse cargo de los gastos de estancia y eventual retorno a su país de origen, así como de aquellos otros que se pudieran ocasionar por enfermedad, accidente o causa fortuita. El INSS denegó tal petición alegando que la compañera del trabajador no podía ser considerada extranjera residente legalmente al no poseer la correspondiente tarjeta de autorización. Sin embargo, se probó que tal ciudadana rumana había solicitado exención del visado para obtener la residencia en España que, al ser denegada, dio lugar a un procedimiento contencioso-administrativo, en el que recayó un Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid en el que se acordó, como medida cautelar, que «...durante la sustanciación del presente litigio no será exigible al recurrente la obtención del visado a que se refiere la resolución de la Delegación del Gobierno».

La demanda del recurrente en amparo contra el INSS fue estimada en la Sentencia de instancia, pero ésta fue revisada en suplicación. El recurso de amparo es atendido, por lo que se repone al recurrente en su derecho en los términos de la sentencia de instancia con la anulación de la del Tribunal Superior Justicia Madrid (Social), de 9 de julio de 1996. En su fundamentación jurídica, el TC se remite a sus precedentes jurisprudenciales (entre ellas, SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre), en donde pone de manifiesto que los extranjeros gozan en España, en condiciones totalmente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE); por lo contrario, existe la imposibilidad de acceso a otro tipo de derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 CE y con la salvedad que contiene y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por los derechos de los que podrán ser titulares, según establezcan los Tratados y Leyes, siendo admisible, en tal caso, que se precisen diferencias respecto a los nacionales.

Desde este punto de vista, el TC toma nota de que la resolución impugnada declara que no podía equipararse la situación de la ciudadana extranjera a la de su cónyuge, como beneficiaria de la asistencia sanitaria, puesto que existía colisión con lo establecido en la anterior Ley Orgánica 7/1985, cuyo art. 13.4 exigía el permiso de residencia para poder considerar al extranjero como residente en España. Así las cosas, el TC encuentra que no se trata de una mera discrepancia del recurrente con la decisión del órgano judicial, sino que estamos ante una interpretación y aplicación de la legalidad que verdaderamente no se corresponde con la realidad acreditada, puesto que no se puede afirmar la ilegalidad de la situación de la Sra. L. en territorio español; además, no se ha discutido el resto de los requisitos exigibles para el reconocimiento del derecho postulado, por lo que tal reconocimiento era obligado. Por todo ello, se estima el amparo solicitado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual hace innecesario pronunciamiento alguno sobre el resto de las alegaciones de la demanda.

En análogo orden de consideraciones de la Sentencia *Dano* se ubica la Sentencia *Comisión/Eslovaquia* de 16 de septiembre de 2015 del TJUE⁵⁹⁸, por la que el Tribunal desestima el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra la República Eslovaca relativa a la denegación de prestaciones específicas de cuidados a domicilio por asistencia personal en compensación de gastos por discapacidad grave a ciudadanos no residentes, rechazando la existencia de incumplimiento de Estado.

La Comisión recibió varias denuncias por parte de ciudadanos eslovacos que vivían en Chipre con sus hijos mayores de edad, por la falta del abono de distintas asignaciones como titulares eslovacos de pensión para personas dependientes. Consecuentemente, la Comisión se dirigió a las autoridades eslovacas ya que estimaba que, “al denegar las prestaciones controvertidas a los beneficiarios que residan fuera de territorio eslovaco, la República Eslovaca ha incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 48 TFUE y de los artículos 7 y 21 del Reglamento (CE) n° 883/2004”⁵⁹⁹, instando a que adoptara las medidas respectivas. Por su lado, la República Eslovaca seguía manteniendo que las prestaciones controvertidas no estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 883/2004, por lo que la Comisión decidió interponer recurso por incumplimiento ante el TJUE.

⁵⁹⁸ STJUE, Sala Primera, de 16 de septiembre de 2015, *Comisión/Eslovaquia*, Asunto C-433/2013.

⁵⁹⁹ Alegaciones de las partes, apartado 30 de la sentencia.

Respecto al debate sobre si las prestaciones eran de enfermedad-controvertidas o de seguridad social entre la Comisión y la República Eslovaca, “Por otra parte, según jurisprudencia reiterada, una prestación podrá considerarse como prestación de seguridad social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales de sus beneficiarios, se conceda a éstos en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que esté en relación con alguna de las contingencias expresamente enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento n.º 883/2004 (véase, en particular, la sentencia da Silva Martins, C-388/09, EU:C:2011:439, apartado 38 y jurisprudencia citada)”⁶⁰⁰.

El Tribunal desestimó las alegaciones de la Comisión que consideraba que las prestaciones controvertidas eran prestaciones de enfermedad y que por tanto su abono no podía supeditarse a cuál fuera el lugar de residencia del beneficiario, corroborando la postura de la República Eslovaca que argumenta que la Administración actuante conserva discrecionalidad a la hora de conceder las prestaciones controvertidas –de forma razonable y no arbitraria– y dicha potestad impide considerarlas, a efectos del Reglamento 883/2004, como prestaciones de Seguridad Social. No ha habido, por tanto, incumplimiento de Estado.

En este caso la única referencia a la dignidad la hace la normativa eslovaca, que dicta que desde el respeto a la dignidad humana se ha de contribuir a la integración social de las personas que tienen una discapacidad grave, contando con su participación activa; según el artículo 1 de la Ley 447/2008, que lleva por título «Objeto», se prevé respecto a las relaciones jurídicas “vinculadas con la concesión de las asignaciones destinadas a compensar las consecuencias sociales de las discapacidades graves; [...] y teniendo por objeto la evaluación de la necesidad de que se preste una atención concreta de conformidad con la normativa específica”.

Un tercer pronunciamiento de la Corte de Luxemburgo que reviste interés en el ámbito que estudiamos es la Sentencia *García Nieto y otros* de 25 de febrero de 2016 del TJUE⁶⁰¹, por la que el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial planteada interpretando los arts. 18 TFUE y 45 TFUE, los arts. 4 y 70 del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y el art. 24 de la

⁶⁰⁰ Apartado 71 de la sentencia.

⁶⁰¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 25 de febrero de 2016, *García Nieto y otros*, asunto C-299/2014.

Directiva 2004/38/CE, en el marco de un litigio suscitado por una familia española residente en Alemania acerca de la negativa a conceder prestaciones del seguro básico previsto en la legislación germana. De nuevo, por tanto, se enjuicia el régimen de las prestaciones no contributivas en relación con la libre circulación de personas, en este caso de extranjeros comunitarios a raíz del ejercicio de su libertad de movimientos en el territorio de la UE, concretamente en el marco de un litigio suscitado por una familia española residente en Alemania acerca de la negativa a conceder prestaciones del seguro básico previsto en la legislación germana.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 18 TFUE y 45 TFUE, apartado 2, de los artículos 4 y 70 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y del artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Centro de Empleo del distrito de Recklinghausen en Alemania; y el Sr. Peña Cuevas y la Sra. García-Nieto, así como de dos hijos menores de edad, acerca de la negativa de ese centro a conceder prestaciones del seguro básico previsto en la legislación alemana⁶⁰². En el marco jurídico del Derecho internacional, el art. 1 del Convenio Europeo de Asistencia Social

⁶⁰² Las circunstancias del caso pueden resumirse así: En julio de 2012, la familia Peña-García presentó una solicitud para percibir las prestaciones de subsistencia previstas en el Libro II del Código de Seguridad Social ante el Jobcenter (en lo sucesivo, «prestaciones controvertidas»). Sin embargo, éste rechazó conceder dichas prestaciones al Sr. Peña Cuevas y a su hijo respecto de los meses de agosto y septiembre de 2012, prestaciones que fueron concedidas, no obstante, a partir de octubre de 2012. La resolución de denegación del Jobcenter se basaba en el artículo 7, apartado 1, segunda frase, punto 1, del Libro II del Código de Seguridad Social, en base a que en el momento en que presentaron la solicitud, el Sr. Peña Cuevas y su hijo llevaban residiendo menos de tres meses en Alemania y por otra parte, a que el Sr. Peña Cuevas no era ni trabajador por cuenta ajena ni por cuenta propia. Según el Jobcenter, la exclusión de la percepción de las prestaciones controvertidas se aplicaba igualmente al hijo del Sr. Peña Cuevas. En efecto, a raíz de la reserva formulada el 19 de diciembre de 2011 por el Gobierno alemán respecto del Convenio de Asistencia, éste ya no podía generar derechos. La familia Peña-García interpuso recurso contra la resolución del Jobcenter que fue estimado por El Sozialgericht Gelsenkirchen (Tribunal de Seguridad Social de Gelsenkirchen), rechazando los motivos de exclusión contemplados en el artículo 7, apartado 1, segunda frase, del Libro II del Código de Seguridad Social por razones relativas a la estructura de la normativa nacional. El Jobcenter apeló dicha sentencia ante el tribunal remitente, el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Tribunal Regional de Seguridad Social de Renania del Norte-Westfalia). El tribunal remitente expresa sus dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la exclusión completa de la percepción de las prestaciones controvertidas, en los supuestos previstos en el artículo 7, apartado 1, segunda frase, punto 1, del Libro II del Código de Seguridad Social, por lo que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales antes mencionadas.

y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953 por los miembros del Consejo de Europa y en vigor desde 1956 en Alemania enuncia un principio de no discriminación en los siguientes términos: “Toda Parte Contratante se compromete a garantizar que los nacionales de las demás Partes Contratantes, con legítima residencia en cualquier parte del territorio de dicha Parte al que se aplique la presente Convención y sin recursos suficientes, tengan derecho, al igual que sus propios nacionales y en las mismas condiciones, a la asistencia social y médica [...] prevista en la legislación vigente en esa parte del territorio”. El Gobierno alemán manifestó una reserva al respecto en 2011 que dice “El Gobierno de la República Federal de Alemania no se compromete a que los nacionales de las demás Partes Contratantes participen, al igual que sus propios nacionales y en las mismas condiciones de las prestaciones previstas en el Libro II del Código de Seguridad Social - Protección social básica para los demandantes de empleo [(Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitsuchende)], en su versión en vigor al tiempo de la solicitud (“Libro II del Código de Seguridad Social”).”

En cuanto al Derecho de la Unión, el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, en su artículo 4, titulado «Igualdad de trato», dispone lo siguiente: “Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento”. Además, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, en su art. 24 titulado “Igualdad de trato”, dispone lo siguiente: “1. Con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en el Tratado y el Derecho derivado, todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la presente Directiva gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Tratado. El beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente”.

Por otra parte, según el Derecho alemán, en su Código de Seguridad Social se establece los dos tipos principales de prestaciones del seguro básico para demandantes

de empleo en los términos siguientes: “Podrán reclamarse en concepto de derecho al seguro básico para demandantes de empleo: 1. Prestaciones que tengan por objeto la inserción laboral. 2. Prestaciones que tengan por objeto garantizar la subsistencia”. Respecto a la dignidad, “El artículo 1 del Libro II del Código de Seguridad Social, titulado «Función y objetivo del seguro básico para demandantes de empleo», dispone, en sus apartados 1 y 3, lo siguiente: «(1) El seguro básico para demandantes de empleo tendrá por objeto permitir que sus beneficiarios lleven una vida acorde con la dignidad humana. [...]»⁶⁰³”.

En su conclusión, el Tribunal de Justicia opta por una postura desfavorable a la familia recurrente, avalando la legislación restrictiva alemana, dictando el siguiente fallo: “El artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, y el artículo 4 del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (UE) nº 1244/2010 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que excluye de la percepción de determinadas «prestaciones especiales en metálico no contributivas», en el sentido del artículo 70, apartado 2, del citado Reglamento nº 883/2004, y que constituyen asimismo una «prestación de asistencia social», en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38, a los nacionales de otros Estados miembros que se encuentren en una situación como la contemplada en el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva”.

Por el contrario, en un pronunciamiento más reciente de la Corte de Luxemburgo en el que se enjuicia ese mismo marco jurídico alemán y europeo, parece evolucionar hacia una postura más favorable. Se trata de la Sentencia *Jobcenter Krefeld* del TJUE de 6 de octubre de 2020⁶⁰⁴. En efecto, la sentencia trae su origen de una petición prejudicial que tiene por objeto la interpretación del art. 18 TFUE, de los arts. 7 y 10 del Reglamento

⁶⁰³ Apartado 15 de la sentencia.

⁶⁰⁴ STJUE, Gran Sala, de 6 de octubre de 2020, asunto C-181/2019.

(UE) núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO 2011, L 141, p. 1), del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y del artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. En particular, esta petición se presentó en el contexto de un litigio entre el Jobcenter Krefeld-Widerspruchsstelle (Centro de Empleo de Krefeld-Servicio de Reclamaciones, Alemania; «Jobcenter») y J.D., en relación con la negativa del centro a conceder a J.D. y a las dos hijas de este las prestaciones del seguro básico establecidas en la legislación alemana.

Más en particular, en cuanto a las circunstancias del caso, J.D., nacional polaco, estaba casado con una ciudadana polaca, con la que tuvo dos hijas, nacidas en 2005 y 2010. Desde 2012 o 2013, J.D. está separado de su esposa. Entre finales de 2012 y principios de 2013, todos los miembros de la familia se trasladaron a Alemania. Las dos hijas viven principalmente con su padre, en cuyo domicilio están registradas desde 2015. La esposa de J.D. regresó a Polonia en 2016. Las niñas están escolarizadas en Alemania desde el 1 de agosto de 2016. Desde marzo de 2015, J.D. ha ejercido actividades por cuenta ajena en Alemania. Trabajó como ayudante de cerrajero del 6 de marzo al 1 de septiembre de 2015 y como operario de producción a tiempo completo del 18 de enero al 31 de octubre de 2016. Del 4 de octubre al 7 de diciembre de 2016, J.D. estuvo en situación de baja laboral y, en dicho concepto, recibió el salario que siguió abonándole su empleador hasta el 31 de octubre de 2016, fecha de finalización de la relación laboral, y luego la prestación por enfermedad con cargo a la seguridad social hasta el 7 de diciembre de 2016. Posteriormente, percibió la prestación por desempleo del 23 de febrero al 13 de abril de 2017 y del 12 de junio al 23 de octubre de 2017. Desde el 2 de enero de 2018, J.D. está trabajando de nuevo a tiempo completo.

Posteriormente, entre el 1 de septiembre de 2016 y el 7 de junio de 2017, J.D. y sus dos hijas percibieron prestaciones del seguro básico con arreglo al SGB II, a saber, el «subsidio por desempleo» (*Arbeitslosengeld II*) para J.D. y el «subsidio social» (*Sozialgeld*) para las dos hijas. En junio de 2017, J.D. solicitó, para sí y para sus hijas, que siguieran abonándoseles las prestaciones de subsistencia de que se trata en el litigio

principal. Mediante resolución de 13 de junio de 2017, confirmada el 27 de julio de 2017 a raíz de una reclamación presentada por J.D., el Jobcenter rechazó esa solicitud sobre la base del art. 7, apartado 1, segunda frase, punto 2, del SGB II, aduciendo que J.D. no había mantenido la condición de trabajador por cuenta ajena y permanecía en Alemania con el único fin de buscar empleo.

J.D. y sus dos hijas interpusieron entonces un recurso ante el Sozialgericht Düsseldorf (Tribunal de lo Social de Düsseldorf, Alemania) para que se anulara esa resolución y se condenara al Jobcenter a concederles las prestaciones de subsistencia de que se trata en el litigio principal correspondientes al período comprendido entre el 8 de junio y el 31 de diciembre de 2017 (en lo sucesivo, «período controvertido»). Mediante sentencia de 8 de mayo de 2018, ese tribunal estimó el recurso y condenó al Jobcenter a abonar las prestaciones solicitadas. Declaró que, si bien J.D. ya no podía valerse del mantenimiento de la condición de trabajador por cuenta ajena durante el período controvertido para fundamentar un derecho de residencia en el art. 2 de la FreizügG, el derecho de residencia le venía dado igualmente por el derecho reconocido a sus hijas en virtud del art. 10 del Reglamento núm. 492/2011, ya que estas, al residir y estar escolarizadas en Alemania, poseen, como hijas menores de un antiguo trabajador migrante que ha estado empleado en ese Estado miembro, un derecho de residencia con arreglo a ese art. 10, del que se deriva el derecho de residencia de su padre, que es el progenitor que ejerce la custodia efectiva de estas. Según dicho tribunal, el derecho de residencia que confiere el citado art. 10, que tiene como fin el aprendizaje y la formación de los hijos de un (antiguo) trabajador migrante, es un derecho autónomo e independiente de los derechos de residencia regulados en la Directiva 2004/38. Por lo tanto, consideró que la regla establecida en el art. 24, apartado 2, de esta Directiva, que constituye una excepción al principio de igualdad de trato en materia de asistencia social, no se aplica cuando el derecho de residencia del ciudadano de la Unión de que se trate se basa en el art. 10 del Reglamento núm. 492/2011. En consecuencia, el mismo tribunal concluyó que la exclusión del derecho a percibir las prestaciones de asistencia social que el art. 7, apartado 1, segunda frase, punto 2, letra c), del SGB II aplica a los nacionales extranjeros y a los miembros de sus familias que tengan un derecho de residencia con arreglo al art. 10 del Reglamento núm. 492/2011 no es conforme con el Derecho de la Unión.

Seguidamente, el 4 de julio de 2018, el Jobcenter interpuso un recurso de apelación contra esa sentencia ante el tribunal remitente de la cuestión prejudicial.

En primer lugar, el tribunal remitente expone que la jurisprudencia nacional es contradictoria en cuanto a si la excepción en materia de asistencia social establecida en el art. 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38 puede aplicarse también, directamente o por analogía, a los ciudadanos de la Unión que disponen de un derecho de residencia con arreglo al artículo 10 del Reglamento núm. 492/2011 y que han solicitado la concesión de prestaciones de subsistencia como las prestaciones de que se trata en el litigio principal, que constituyen prestaciones de asistencia social a efectos de la primera de estas disposiciones. Además, ese tribunal indica que, al adoptar el art. 7, apartado 1, segunda frase, punto 2, letra c), del SGB II, el legislador alemán consideró que el art. 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38 es aplicable a las situaciones en que los ciudadanos de la Unión disponen, además de un derecho de residencia con el fin de buscar empleo, también de un derecho de residencia con arreglo al artículo 10 del Reglamento núm. 492/2011, con el fin de evitar que las reglas de la Directiva 2004/38 queden vacías de contenido y que dichos ciudadanos de la Unión se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Sin embargo, el tribunal remitente considera que el derecho de residencia concedido con arreglo al art. 10 del Reglamento núm. 492/2011 no se rige por las disposiciones de la Directiva 2004/38. A este respecto, se basa en las sentencias de 23 de febrero de 2010, *Ibrahim y Secretary of State for the Home Department* (asunto C-310/08), y de 23 de febrero de 2010, *Teixeira* (asunto C-480/08), en las que entiende que el Tribunal de Justicia reconoció la autonomía del derecho de residencia basado en el art. 12 del Reglamento núm. 1612/68, cuyo tenor era idéntico al del art. 10 del Reglamento núm. 492/2011. Por otra parte, el tribunal remitente indica que el legislador de la Unión, al aprobar este último Reglamento, que derogó y sustituyó al Reglamento núm. 1612/68, no aprovechó la ocasión para restringir el principio de igualdad de trato dimanante del Reglamento núm. 1612/68, tal como venía siendo interpretado por el Tribunal de Justicia.

En segundo lugar, el tribunal remitente señala que la aplicabilidad del art. 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38 se plantea igualmente en relación con el artículo 4 del Reglamento núm. 883/2004. Considera que este Reglamento es aplicable en el presente asunto, habida cuenta de que J.D. estaba afiliado, en Alemania, a un sistema de prestaciones familiares, a efectos del art. 3, apartado 1, letra j), de dicho Reglamento, y

a un sistema de prestaciones por desempleo, a efectos del art. 3, apartado 1, letra h), de ese mismo Reglamento. Las prestaciones de subsistencia que establece el SGB II son, a su entender, prestaciones especiales en metálico no contributivas, en el sentido del art. 3, apartado 3, y 70, apartado 2, del Reglamento núm. 883/2004, a las que se aplica el principio de igualdad de trato establecido en el art. 4 de este Reglamento.

En estas circunstancias, el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Tribunal Regional de lo Social de Renania del Norte-Westfalia) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial con objeto de poder resolver de conformidad con una interpretación correcta del Derecho de la UE. Y a ello atendió el TJUE dictando el siguiente fallo:

“1) Los artículos 7, apartado 2, y 10 del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual un nacional de otro Estado miembro y sus hijos menores, todos los cuales gozan en el primer Estado miembro de un derecho de residencia basado en el artículo 10 de ese Reglamento en concepto de la escolarización de esos menores en ese mismo Estado, quedan excluidos, en cualesquiera circunstancias y automáticamente, del derecho a percibir las prestaciones destinadas a garantizar su subsistencia. Esta interpretación no queda invalidada por el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (...).

2) El artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en relación con los artículos 3, apartado 3, y 70, apartado 2, de este Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual un nacional de otro Estado miembro y sus hijos menores, todos los cuales gozan en el primer Estado miembro de un derecho de residencia basado en el artículo 10 del Reglamento n.º 492/2011 en concepto de la escolarización de esos menores en ese mismo Estado y están afiliados en él a un sistema de seguridad social en el sentido del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, quedan excluidos, en

cualesquiera circunstancias y automáticamente, del derecho a percibir las prestaciones especiales en metálico no contributivas”.

Ahora bien, a nuestros efectos, lo más importante radica en que, para llegar a dicha conclusión, el TJUE apela a la dignidad humana en su argumentación (apartado 57): “A este respecto, debe comenzar recordándose que unas prestaciones como las prestaciones de subsistencia de que se trata en el litigio principal, cuya función consiste en garantizar a sus beneficiarios los medios de manutención mínimos necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana, deben considerarse «prestaciones de asistencia social», en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38 (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de septiembre de 2015, Alimanovic, C-67/14, EU:C:2015:597, apartados 44 a 46, y de 25 de febrero de 2016, García-Nieto y otros, C-299/14, EU:C:2016:114, apartado 37)”.

CONCLUSIONES

I

La presente investigación tiene como objeto el estudio de la situación jurídico-laboral de las personas inmigrantes desde la perspectiva de la dignidad. Puede considerarse como un proceso explicativo sobre el estatus de los inmigrantes trabajadores en España a través de la búsqueda del reconocimiento jurídico de la dignidad en el ámbito laboral de aquellas personas que, por la persistencia de diferencias de riqueza y de desarrollo en las diferentes regiones del mundo, han tenido que emigrar en tanto la naturaleza del ser humano es la consecución de bienestar y ese bienestar lo encuentra en el lugar donde tiene un trabajo que le permita vivir de forma digna. En este sentido, consideramos que las migraciones son una oportunidad porque se materializan en una suerte de agente de intercambio, tanto humano como económico y a su vez facilitan que las personas logren sus aspiraciones.

Para alcanzar esas aspiraciones las personas inmigrantes deben contar con un marco normativo integrador laboral y social que requiere un compromiso mutuo y bidireccional: por una parte, de los nacionales de terceros países mediante el aprendizaje de la lengua, cultura y costumbres y el conocimiento y respeto de sistemas jurídico, político y social y, por otra, de la sociedad de acogida garantizando el acceso al mercado laboral y a las instituciones, así como a derechos tales como educación, vivienda, participación democrática o asistencia sanitaria.

Una mención especial debe realizarse al género de las personas migrantes ya que durante los últimos cincuenta años hemos visto cómo las migraciones se han ido feminizando. Cerca de la mitad de los inmigrantes en la UE son mujeres, porcentaje que coincide con la inmigración femenina en España. Precisamente, la llegada de migrantes latinoamericanos a nuestro país fue en un inicio de hombres solos que luego fueron reemplazados por mujeres solas que emprendían su proyecto migratorio en solitario, como jefas de familia, produciéndose de este modo la llamada “feminización de la inmigración”, contextualizada en una dinámica global de transferencia de cargas reproductivas de los países más desarrollados hacia los menos desarrollados, cuando se incorporan de modo masivo las mujeres del “primer mundo” al trabajo productivo y surge así la necesidad de cubrir las tareas domésticas y de

cuidados, que son satisfechas por las mujeres del “tercer mundo”. Por eso, es necesario que se enfatizen las medidas que eviten la discriminación laboral y se elaboren políticas con perspectiva de género que protejan los derechos de las mujeres migrantes y con ello se asegure su dignidad como trabajadoras.

Con carácter general, la inmigración que se presenta en Europa es, en su mayoría, de tipo económico, es decir, se trata de personas que emigran en busca de un empleo asalariado y el mercado laboral constituye el elemento central en la mayoría de estos procesos, por lo cual el tratamiento político-jurídico de las migraciones oscila entre el control migratorio y la protección de los mercados de trabajo nacionales, donde se intenta proteger al trabajador autóctono. Esta protección se ha conseguido, entre otras vías, mediante el establecimiento de límites a la movilidad de las personas migrantes laborales a pesar de que en el contexto internacional se han suprimido las fronteras para la movilidad de los bienes, servicios y capitales. Así, el fenómeno migratorio, hoy ya una realidad, se encontraba en la década pasada en el centro de la acción política y jurídica de muchos países europeos, principalmente España por ser territorialmente una puerta de entrada de la inmigración extracomunitaria. Era por tanto necesario abordarla y para ello hacía falta crear una infraestructura institucional y jurídica a nivel internacional y, a su vez, un sistema dentro de cada Estado europeo que tal vez podamos decir que ha fracasado porque sin detener el avance del fenómeno de la migración laboral, tampoco ha conseguido la inserción de los trabajadores extranjeros en las sociedades de los países a los que emigraron.

Ante ese fracaso, defendemos que se debería actuar dando un enfoque global a la cooperación con los países de origen y tránsito, desarrollar un sistema europeo común de asilo, garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países residentes en la UE y gestionar de manera eficaz los flujos migratorios. Estos cuatro puntos forman la columna vertebral de lo que debería ser la política común de la UE y puede afirmarse que constituye una sólida base jurídica aunque, en lo que aquí nos interesa, nos parece fundamental la obligación de dar un trato justo a los inmigrantes, la cual se haría realidad si se cumplieran los dos principios esenciales que complementan las políticas de gestión de flujos migratorios. La primera sería la necesaria integración de los inmigrantes, y la segunda, la concesión de derechos a los inmigrantes, no sólo sociales, sino también políticos, en todos los Estados miembros de la UE.

Queda patente que la normativa utilizada para controlar, limitar y contener los

flujos migratorios por parte de los poderes públicos de Estados partes de la UE dista mucho de los instrumentos legales empleados para tratar el asunto de la integración de los inmigrantes, incluidos los inmigrantes económicos, quedando la integración siempre como la última de las iniciativas político-jurídicas a desarrollar por los gobiernos a todos los niveles.

Los flujos migratorios deben ser gestionados de manera eficaz, creando un sistema de normas que asegure un trato igualitario de las personas extracomunitarias que, a través de un trabajo, contribuyen a la prosperidad de Europa, una Europa solidaria que brinde oportunidades de bienestar y desarrollo a esta inmigración laboral, porque a fin de cuentas la inmigración no es un peligro, es parte de solución a las carencias de Europa.

En España, las referencias constitucionales al estatuto de los inmigrantes se recogen en el artículo 13.1. Este artículo establece a los Tratados internacionales y a la ley como parámetros del reconocimiento de los derechos de los extranjeros. El análisis de la política migratoria española va indisolublemente ligado, por tanto, a la evolución de las leyes en materia de extranjería. La doctrina coincide en que, a pesar de las numerosas reformas legislativas operadas en la regulación de los derechos de los extranjeros, el modelo instaurado por la LO 7/1985, basado en el control de los flujos migratorios de entrada y su relación con las necesidades del mercado laboral, se han mantenido como elementos vertebradores actualmente. Dichas sucesivas reformas, tanto en el pasado siglo como en la primera década del presente, han tenido como clave dos ejes: por una parte, ligar la inmigración al mercado de trabajo; y por otra, redefinir constantemente el estatuto jurídico-legal de derechos fundamentales de los inmigrantes. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha jugado un papel importante en el progresivo reconocimiento de los derechos de los migrantes laborales, puesto que tanto las sucesivas interposiciones de recursos de inconstitucionalidad frente a las reformas legislativas como los recursos de amparo han permitido el avance de tales derechos, pronunciamientos que se analizan en este trabajo.

En el contexto normativo que se ha descrito, queda evidenciado que tras el anunciado concepto de laboralización de la inmigración y el aceptado perfil del inmigrante económico-laboral, tanto en España como en Europa, en pleno siglo XXI la inmigración es la nueva cuestión social, que no se parece en nada a la de siglos pasados en lo referente a las condiciones en que se produjo pero sí tienen resultados similares: dificultades serias de inclusión en el ámbito laboral, exclusión social y

explotación laboral.

El reto político-jurídico que tienen las instituciones públicas y los gobiernos sobre el marco jurídico regulador de la inmigración laboral es conseguir un real acercamiento y una efectiva convergencia de la realidad social con la norma.

II

En este estudio hemos tratado de definir la idea de dignidad y el concepto de la misma en el ámbito laboral de los trabajadores extranjeros porque, aunque ésta tenga muchas dimensiones, en el decurso histórico-filosófico y constitucional, la imbricación entre dignidad y derechos humanos no debe verse como una utopía, sino como una realidad como bien ha argumentado Habermas, realidad que puede y debe respetarse en todos los contextos en los que el ser humano desarrolle su vida. Así, la dignidad es una de esas categorías universales y omnicomprensivas que comprenden, por excelencia, las exigencias de la triada de libertad, igualdad y solidaridad o fraternidad entre los hombres. Es más, la dignidad adquiere todo su potencial de transformación y cambio cuando se conoce, se percibe, se estudia, se otorga un sentido institucional y se empieza a ver como una dimensión que promociona a la persona humana fomentando nuevas condiciones sociales, culturales, políticas que permitan su desarrollo —el de la persona humana— en dignidad. Es decir, cuando adquiere normatividad y pasa a ser un concepto jurídico.

Esta configuración jurídica de la dignidad ha sido objeto de nuestro análisis siguiendo su plasmación en la normativa internacional, europea y española. Así, la dimensión social de la dignidad fue la primera en reconocerse en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo la Declaración de la OIT de Filadelfia de 1944 el primer estándar internacional de derechos humanos en mencionarla, justamente asociada a los derechos laborales. Por tanto, esa dimensión social de la dignidad, como atributo inherente a la persona, debe favorecer la protección de la persona trabajadora extranjera. Desde esta perspectiva, hemos puesto de manifiesto que la dimensión social de la dignidad tiene tanto una vertiente colectiva, que debe favorecer la inclusión y la no discriminación de las personas extranjeras en el mundo laboral (que ha de ser salvaguardada por la acción de los poderes legislativo y judicial), como una vertiente individual (que debe ser tutelada por la acción del Poder Judicial, incluso a través de la doctrina de la *Drittwirkung* o

protección y eficacia horizontal en las relaciones entre particulares, esto es, en el marco de la relación laboral entre el empleador y el empleado).

También en la acción de los poderes públicos nacionales deben tenerse en cuenta los estándares internacionales; en el caso de España, tanto por mandato aplicativo (artículos 93 a 96 CE) de los tratados y acuerdos ya asumidos por nuestro país, como por el mandato interpretativo (artículo 10.2 CE). A este respecto, debe optimizarse el marco protector de las personas trabajadoras extranjeras incorporando las asignaturas todavía pendientes para España que constituyen estándares insoslayables y cruciales para perfeccionar nuestro Estado social y democrático de Derecho del artículo 1.1 CE y la cláusula de progreso social del artículo 9.2 CE.

Entre esos estándares internacionales todavía pendientes de asumir, hemos propuesto que se asuman, en el ámbito regional, la Carta Social Europea revisada de 1996 (como verdadera “Constitución Social de Europa” o “Pacto Europeo de Democracia Social” por excelencia) y el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (instaurado mediante un Protocolo de 1995) del Consejo de Europa (a semejanza de nuestros países vecinos, puesto que tanto Francia, como Italia y Portugal, han aceptado la Carta revisada y dicho procedimiento); y en el ámbito universal, la Convención internacional sobre derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares de 1990 (que curiosamente ni un solo Estado miembro de la UE ha ratificado) y el Convenio núm. 189 de la OIT sobre trabajadoras y trabajadores domésticos de 2011.

Sí encontramos que en la doctrina académica y jurisprudencial existe acuerdo sobre las funciones que cumple la dignidad humana en el ordenamiento: fundamentación del orden jurídico, orientación de su interpretación, base de labor integradora en caso de lagunas, establecimiento de los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales. Y es en esta relación entre la dignidad y los derechos fundamentales y los valores y bienes jurídicos constitucionales donde se presentan de disyuntivas, para lo que interesa a esta investigación, en relación con el derecho al trabajo.

En el avance de este estudio, la doctrina nos ha permitido confirmar que, en base a los principios supremos de dignidad, libertad e igualdad, el trabajo sigue siendo eje definidor en la vida de las personas y es lo que les da autonomía. Por consiguiente, las discriminaciones que se producen en el ámbito laboral, frecuentemente reveladoras de discriminación múltiple y de falta de respeto de la multiculturalidad, son reflejo a su

vez de una dignidad vulnerada.

Adentrándonos ya en la vulneración de la dignidad en el ámbito laboral de la persona trabajadora extranjera y considerado por algunos autores que la inmigración laboral es una forma específica de trabajo enmarcada en el capitalismo global que determina y condiciona los flujos migratorios, sostenemos que esta forma específica de trabajo se refiere a que ciertos sectores laborales están como destinados a ser ocupados solo o principalmente por trabajadores extranjeros, produciéndose, en ocasiones, en ese contexto laboral la vulneración de ciertos derechos inherentes a la dignidad de la persona. Dicha lesividad ha encontrado en el pronunciamiento de los tribunales, y en particular, del Tribunal Constitucional, respuestas con diferente alcance protector, llegando incluso a declarar la inconstitucionalidad de algún precepto de la Ley de Extranjería.

En su interpretación “fuerte” la dignidad laboral no sólo se refiere a las condiciones específicas del trabajo sino al trabajo en sí mismo y al trato dispensado al trabajador. Se trata de una dimensión nueva, “dignidad de las condiciones de la vida personal y laboral” que ha sido reconocida en textos normativos, desde la Constitución española a la Carta Europea de Derechos Fundamentales y refrendado en claros pronunciamientos de la jurisprudencia nacional y comunitaria. Esto nos conduce a reivindicar que las condiciones bajo las que los poderes públicos deben facilitar la creación de un trabajo han de ser las de un trabajo productivo, realizado en condiciones de libertad, equidad y seguridad, que permita al trabajador el desarrollo de su personalidad y el respeto a su dignidad (artículo 10.1 CE) en un marco jurídico en el que los derechos de los trabajadores sean reconocidos y activamente defendidos y los propios trabajadores cuenten con una adecuada protección social.

III

Retomando el análisis de la normativa internacional, europea y nacional para analizar el concepto de extranjero como migrante laboral y el reconocimiento de su derecho al trabajo, los textos seleccionados son los mismos que analizamos en el capítulo anterior, pero desde la perspectiva de la dignidad del trabajador extranjero al que los Convenios de la OIT núm. 97 y 143 definen como “toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta”.

En este contexto, la OIT enfatiza el déficit de trabajo decente que experimentan los trabajadores migrantes, que llegan incluso a sufrir vulneraciones de principios y derechos fundamentales en el trabajo tanto cuando buscan empleo en el extranjero como durante su estancia en el país de acogida. Estas violaciones son descritas como «costos de la migración laboral» y los padecen en mayor grado los trabajadores menos cualificados.

La OIT ha regulado de manera específica el trabajo de las personas migrantes mediante instrumentos diversos sobre la base de cuatro condiciones: primera, es posible que se organice la migración de la mano de obra mediante la coordinación entre los países de empleo y los países de origen; segunda, la decisión de migrar así como la de autorizar o no la migración de la mano de obra es una decisión racional que implica que se conocen las condiciones de trabajo y de vida del país receptor; tercera, la normativa que protege a la mano de obra migrante ha de incidir en la protección de los trabajadores nacionales; y, cuarta, la protección de la mano de obra migrante frente a la explotación, la discriminación en el trato y oportunidades respecto de los trabajadores nacionales conlleva que se equiparen el costo de la mano de obra migrante al de la fuerza de trabajo nacional.

Como mencionamos anteriormente, la otra gran olvidada es la Carta Social Europea, y en síntesis tras el análisis efectuado de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales con relación a la implementación del artículo 19 CSE en España, constatamos que, pese a alguna leve mejora en la situación de las personas trabajadoras migrantes y sus familiares, todavía sigue habiendo serias violaciones de sus derechos humanos que comportan otros tantos atentados a su dignidad. Consecuentemente, desde este punto de vista, proponemos que las autoridades españolas (legislativo, ejecutivo y judicial) y a todos los niveles territoriales (local, autonómico y estatal), deben seguir los mandatos derivados de la CSE según la interpretación realizada por el CEDS. A ello debemos añadir que actualmente, la constitucionalización de los derechos sociales y económicos, los laborales entre ellos, son una realidad presente y generalizada a la que ha contribuido la aprobación de importantes textos supranacionales, que por vía del artículo 93 CE y del artículo 10.2 CE se han integrado en nuestro ordenamiento jurídico y por ende se cumplen, tratándose tanto de normativa, así como de jurisprudencia proveniente de órganos supranacionales.

Durante la realización de este estudio la idea era denunciar la no ratificación de la CSE revisada, pero mientras finalizaba la redacción de estas conclusiones, en diciembre de 2020, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados acordó proponer al Pleno de la Cámara que conceda la autorización solicitada por el Gobierno al amparo del artículo 94.1 CE, para que el Estado español pueda obligarse internacionalmente por medio de la Carta Social Europea revisada, de 1996 y del Protocolo de Reclamaciones Colectivas, con lo que se completa y refuerza la protección de los derechos sociales y económicos.

Avanzando en nuestro estudio constatamos que la Constitución española diseña un modelo democrático de relaciones laborales, articulado sobre el reconocimiento de la libertad sindical y del derecho al trabajo. Además, el derecho al trabajo es uno de los derechos sociales, estrictamente considerados en el Texto fundamental, que contempla el derecho al establecimiento de una relación de trabajo en unas condiciones dignas, incluyendo la protección del trabajador y su familia, tanto de tipo económico como social. El artículo 35 CE es un precepto con un contenido complejo ya que, por una parte, reconoce el derecho al trabajo que es el principal de los derechos constitucionales del ámbito laboral y, por otra parte, garantiza además la libre elección de profesión u oficio, cuyo objeto en parte excede del ámbito laboral; y menciona la promoción a través del trabajo, entendiéndose ésta como la promoción profesional. Ahora bien, del derecho al trabajo solo son titulares los españoles; los ciudadanos de la Unión tienen garantizado este derecho según el ordenamiento de la UE; y los extranjeros de países no pertenecientes a la Unión solamente tendrán acceso al derecho al trabajo por ley, tal como subrayó la STC 107/1984. Esta diferenciación es en principio legítima puesto que, al tratarse de un derecho de configuración legal pueden establecerse condicionantes al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero respetando los principios constitucionales. El legislador español, como veremos, hace esa distinción introduciendo tratamientos desiguales en lo que se refiere al contenido del derecho.

Por un lado, los trabajadores extranjeros comunitarios tienen un tratamiento diferenciado, según el artículo 1.3 LO 4/2000 que informa que “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley (LO 4/2000) en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

Disfrutan además plenamente de la libertad de circulación de los trabajadores – una de las cuatro libertades – que incluye el derecho de desplazamiento y residencia del trabajador, el derecho de entrada y residencia de los miembros de la familia y el derecho a trabajar en otro Estado miembro y a recibir el mismo trato que los nacionales de ese Estado.

Por otro lado, los ciudadanos extracomunitarios, en aplicación del propio artículo 13 CE que condiciona el disfrute de derechos y libertades a lo establecido en los tratados internacionales y a la LO 4/2000, en este caso, no pueden acceder en condiciones de igualdad con los españoles al mercado de trabajo nacional. El derecho al trabajo se excluye de la relación de derechos “incondicionales” y reconocidos a toda persona con independencia de su nacionalidad o de su situación administrativa. En la investigación defendemos la significación del derecho al trabajo para reafirmar la dignidad humana.

De nuestro estudio podemos concluir que la normativa más generosa en el reconocimiento de la dignidad laboral (capítulo III) es el Estatuto de los Trabajadores que en su artículo 1 dicta que “será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Por tanto, se trata de una norma de aplicación a nacionales y extranjeros, de modo que el trabajador extranjero que se encuentra trabajando legalmente en España goza de los mismos derechos laborales que los nacionales, esto es, está amparado por el ET y por el resto de la normativa laboral en las mismas condiciones. Los trabajadores en situación administrativa irregular también tienen garantizados derechos. A través de esta investigación siguiendo a Triguero Martínez, hemos introducido en el análisis de todos los derechos laborales la perspectiva del trabajador extranjero y la dignidad. Estos derechos son considerados “derechos que se deben predicar de todos los trabajadores y que, por ende, son auténticos, destacables, y nada desdeñables derechos laborales de carácter social que se encuentran en clara relación con la dignidad humana, con la dignidad de la persona en el trabajo, con la dignidad propia del trabajador”.

IV

La principal consecuencia de la asimetría en el reconocimiento del derecho al trabajo entre nacionales/comunitarios vs extranjeros es que dificulta su integración.

En épocas de bonanza cuando el trabajo es abundante y hay lugar para todos, la inmigración económica es bien recibida. Un claro ejemplo lo vemos en los años de 1996 a 2007 en el sector de la construcción, con 2,5 millones de trabajadores. que convirtió a España en destino preferente para la inmigración económica por la necesidad de mano de obra. La situación cambia cuando llega una crisis, ya que afecta a ambos colectivos, pero en mayor porcentaje a los trabajadores inmigrantes. El paro aumenta en este sector de tal manera que no solo tiene repercusiones económicas, sino también sociales, con muestras de discursos de nivel agresivo contra los inmigrantes, llegando a la hostilidad.

Por su parte, los inmigrantes conforman uno de los sectores de la población que padece en mayor medida los efectos de la crisis global; y a ello hay que añadir el auge de los estereotipos xenófobos que se revitalizan en tiempos de crisis y dificultan la integración de los inmigrantes. En lo que respecta a las trayectorias laborales de los inmigrantes de procedencia extracomunitaria se ha podido observar que están ubicados “en los estratos más bajos de la estructura ocupacional, y víctimas de una fuerte discriminación tanto en el acceso como en las condiciones de trabajo”.

Considerado el trabajo como el centro de la vida de las personas y como instrumento de conducción de la autonomía personal, entendiendo como autonomía un todo relacionado con la dignidad, es natural que las personas que emigran busquen en el trabajo la forma de integrarse en la sociedad a la que llegan. Como hemos visto anteriormente, el marco constitucional en lo que afecta a extranjería parte de la regulación contenida en el artículo 13 CE que, como sabemos, se ocupa de las libertades públicas aplicables a los extranjeros y que quedan mediatizadas por el correspondiente desarrollo legal, particularmente, por la LO 4/2000. Desarrollo legal que debe respetar, como *mínimum* insoslayable, que al extranjero le corresponden, por imperativo constitucional y en igualdad de condiciones que los españoles, los derechos que entroncan con la garantía de la dignidad humana (artículo 10.2 CE) frente al resto de derechos que les resultarán aplicables en los términos previstos por la ley.

También nos hemos detenido a reflexionar sobre la distinción contenida en el artículo 149.1.2 CE que alude a inmigración y extranjería como referidas a dos realidades distintas y nos permite concluir que el término “extranjero” quedará reservado para toda persona que no posea la nacionalidad española e

independientemente de la posición jurídica en la que se halle (pensemos en que se puede tratar de un estudiante, un turista o un residente). El término “inmigrante”, por su parte, parece que añade algunas condiciones adicionales: se trata también de una persona de nacionalidad no española – extranjero – que tiene voluntad de trabajar y residir en España y que persigue una forma de mejora de sus condiciones y circunstancias personales y familiares.

Esta vertiente sociológica y laboral del fenómeno es la que explica que el tratamiento que recibe la inmigración no se pueda abordar exclusivamente con las normas de extranjería pues su problemática va mucho más allá, impactando en el sistema productivo del país de acogida y en la organización social y política del mismo. Ahí es donde juega un papel principal la aplicación de los principios de igualdad y el de integración, fundamentales para el tratamiento justo de los inmigrantes. Todas las personas migrantes tienen derecho a ser tratados plenamente como iguales con independencia de la situación nacional del mercado laboral. Este tratamiento basado en la igualdad debe impedir cualquier discriminación por razón de nacionalidad, criterios económicos, etc. y ser el fundamento de la inclusión del inmigrante en la sociedad donde se incorporan. La igualdad -no discriminación- se configura, además como un límite de la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de reacción frente a posibles arbitrariedades de los poderes públicos. En otras palabras, cabe tratar desigualmente a algunas personas siempre que este trato esté justificado, de tal modo que no se vulnere la igualdad.

Puesto que el derecho al trabajo, al ser proclamado en el art. 35 CE, no se incardina en el grupo de derechos inherentes al ser humano imprescindibles para garantizar su dignidad (STC 107/1984, de 23 de noviembre), nuestro ordenamiento jurídico prioriza el acceso al trabajo –por cuenta ajena– de los nacionales frente a los extranjeros, que queda supeditado a la situación del mercado nacional de empleo. En resumen, el sistema español –de manera semejante a lo que ocurre en los ordenamientos de nuestro entorno– protege la mano de obra nacional al requerir la autorización administrativa para trabajar y la valoración de la situación nacional de empleo lo que, como nos recuerda la doctrina, se remonta a las primeras normas de regulación del trabajo de los extranjeros, en 1931.

Recordemos que se entiende por trabajador inmigrante irregular la persona carente de algún tipo de autorización, esto es, pueden carecer de un permiso de

residencia y de trabajo que le autorice a permanecer y/o trabajar en el país de destino o solo carecer del permiso de trabajo. Para llegar a la situación de indocumentado, un extranjero puede haber fallado en su solicitud de asilo, haber sobrepasado el tiempo de su visado que le permitía una estancia en el territorio, que haya entrado de forma irregular en el país de destino o que le haya sobrevenido la situación de irregular, entendiendo como irregularidad sobrevenida el concepto asociado a la crisis económica, en el que a muchas personas se les dificulta renovar sus permisos de residencia y trabajo por falta de continuidad en los contratos o porque no pueden aportar el mínimo exigido a la Seguridad Social. En los tiempos actuales la irregularidad sobrevenida se ha producido por los efectos del confinamiento debido a la pandemia de la Covid-19, en tanto los migrantes laborales no han podido continuar con sus puestos de trabajo, consecuentemente se han visto impedidos de poder cotizar a la Seguridad Social y por consiguiente no han podido renovar sus permisos de trabajo.

La diferenciación entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular aflora aquí de nuevo: mientras que la equiparación de derechos laborales para los primeros es total con los ciudadanos, el segundo grupo solo implica una garantía de mínimos y que se respetarán las obligaciones de nuestro país a nivel internacional. El extranjero goza de la titularidad del derecho al trabajo en condiciones de igualdad con los españoles sometido a las limitaciones de las autorizaciones –de trabajo y residencia– pero esta equiparación desaparece cuando nos referimos al sistema de acceso al trabajo que el artículo 38 LO 4/2000 supedita a la situación nacional de empleo en la modalidad del trabajo por cuenta ajena. Esto quiere decir que, para la concesión inicial de los permisos de residencia y trabajo asalariado, se tendrá en cuenta que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero.

La prestación de trabajo por extranjeros que no tienen autorización de residencia y/o sin permiso de trabajo es una realidad bastante frecuente en nuestro país. Como hemos podido constatar, la regulación actual protege hasta cierto punto al trabajador a quien reconoce algunos derechos por un trabajo que se ha prestado, aunque de forma irregular. El legislador de 1985 y de 2000, en lo que a las leyes de extranjería se refiere, ha tenido una visión rotundamente policial y represiva de la extranjería en perjuicio de la gestión de los flujos migratorios, así como de la integración socio-

laboral de los inmigrantes en España.

En 1985 la legislación sobre extranjería, bajo la presión política por la incorporación de España a la UE, abordaba la inmigración como un fenómeno temporal centrándose solo en los flujos provenientes de países no comunitarios y el control de fronteras, característica que no ha abandonado la nueva legislación del año 2000. Sin embargo, y desde otro punto de vista, la LO 4/2000 también implicó un viraje profundo de la política de inmigración en España cuando aparece la integración social del inmigrante, como el propio nombre de la ley lo dice, combinada con el siempre presente control de flujos y el régimen de entrada y permanencia, además de la cooperación con los países emisores de personas migrantes.

Han pasado 20 años de esa normativa y ahora es el momento de promover y fortalecer la integración de las personas migrantes, en el caso de los migrantes económicos a través del trabajo y solo las reformas legislativas son las que han permitido y seguirán permitiendo el avance de los derechos para las personas extranjeras. La incorporación de esta perspectiva social es absolutamente necesaria ya que no se puede abordar el tratamiento de la inmigración exclusivamente con las normas de extranjería pues su problemática va mucho más allá, impactando en el sistema productivo del país de acogida y en la organización social y política del mismo. Ahí es donde juega un papel principal la aplicación de los principios de igualdad y el de integración que son fundamentales para el tratamiento justo de los inmigrantes. Todas las personas migrantes tienen derecho a ser tratados plenamente como iguales con independencia de la situación nacional del mercado laboral. Este tratamiento basado en la igualdad debe impedir cualquier discriminación por razón de nacionalidad, criterios económicos, etc. y ser el fundamento de la inclusión del inmigrante en la sociedad donde se incorporan.

La igualdad en el trabajo o la equiparación laboral del extranjero y el nacional se produce en el plano jurídico siempre que aquél cuente con las preceptivas autorizaciones para trabajar, pero incluso en estos casos, la necesidad de renovar periódicamente aquellos permisos lo colocan en una posición de debilidad y provocan que no siempre haga valer sus derechos. A mayor abundamiento, los fenómenos de desigualdad y discriminación en materia de empleo no proceden de discriminaciones establecidas por el legislador que, mayoritariamente, respetan el mandato contenido en el artículo 14 CE, sino que se originan en la práctica, en base a prácticas

contractuales o decisiones empresariales.

Además, la existencia de economía sumergida en la que trabajan extranjeros en situación irregular es un fenómeno imposible de erradicar en su totalidad pero, con todo, los Estados mantienen un permanente esfuerzo por controlar la inmigración irregular y combatir la contratación ilegal por las repercusiones negativas que acarrea a largo plazo. Igualmente, entre los avances positivos en materia laboral, aunque aún no está permitida en el ordenamiento español la prestación de servicios por parte de un extranjero en situación administrativa irregular, ésta produce determinados efectos como si el contrato fuera válido, lo cual es una de las novedades destacables de la Ley de Extranjería tras su reforma por LO 2/2009. En este sentido, existen criterios judiciales implantados por los Tribunales que protegen al extranjero en situación irregular en caso de impago de salarios o en cuanto se produce la extinción de la relación laboral.

En un análisis más específico del mercado de trabajo, constatamos que a inicios del presente siglo existía un mercado laboral que contenía una alta demanda de mano de obra en sectores dependientes de la inmigración como son la agricultura, la construcción, la hostelería, el servicio doméstico, el cuidado de personas mayores, dependientes y niños. Se trata de ocupaciones y trabajos poco cualificados y de carácter manual, con jornadas de baja intensidad, menos de 30 horas semanales, o en caso contrario de alta dedicación muy por encima de las 50 horas semanales; además de una alta tasa de temporalidad, veinte puntos por encima de los españoles.

En la actualidad el protagonismo del trabajo ya no es tal y como lo conocíamos en años anteriores, puesto que ha sufrido una transformación, obedeciendo a razones estructurales o a tener un carácter más limitado o cíclico, lo cierto es que hoy en día se plantean serias dudas sobre la continuidad del «modelo laboral que había servido de referencia a la constitucionalización del derecho social al trabajo», un modelo sustentado en la idea de estabilidad en el empleo, en una estructura de ingresos provenientes del trabajo, suficiente, duradera y creciente en el tiempo, sostenida y mejorada en algunos casos por el estado del bienestar.

En este escenario, son severos los riesgos a los que se enfrentan los inmigrantes indocumentados. Se trata de unos escollos que presentan retos jurídicos en términos de la real universalidad de los derechos humanos. Existe una desprotección de estas

personas que ha crecido debido a la crisis económica de los últimos 10 años en Europa y en España y al aumento de los flujos de movilidad humana y el endurecimiento de la normativa migratoria, ya que son estos, los trabajadores extranjeros en situación irregular, los que conforman el colectivo con menor protección jurídica dentro del conjunto de los trabajadores.

De hecho, la dificultad de incorporarse al mercado laboral a través de las vías regulares, especialmente en contextos de crisis, ha abocado a muchas personas extranjeras a esta situación de exclusión e ilegalidad. Así, el impacto de las crisis económicas en el mercado laboral y que afecta a los trabajadores migrantes puede evaluarse a través el estudio los contingentes. Teniendo en cuenta que los procesos de gestión colectiva de contrataciones en origen se iniciaron en 2002 y se han ido sucediendo a lo largo de los años; y que el año 2012 marca un punto de inflexión ya que, a raíz de la crisis económica, no se han establecido ni ocupaciones ni empleos de carácter estable para extranjeros que no se hallen ni residan en España, se aprecia claramente que las crisis afectan. En ese mismo año también el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura quedó restringido a mínimos en lo que se ha venido a denominar como “contingente cero” que son ocupaciones muy especializadas como las relacionadas con el mundo del deporte y algunas en el sector de la marina mercante. En un nuevo hito el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en 2018 se aprobó la Orden TMS/1426/2018, de 26 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2019. Una nueva orden de gestión colectiva de contrataciones en origen con la que se superaron las limitaciones que, desde el año 2012, se habían impuesto a este instrumento. De esta forma, durante 2019 la orden reguló las particularidades procedimentales de la contratación temporal de trabajadores, sin encontrarse limitada a actividades de temporada para campañas agrícolas, y permitió el desarrollo de un proyecto piloto de visados de búsqueda de empleo para hijos o nietos de español de origen con Argentina. Sin embargo, esta novedad no ha tenido continuidad en el tiempo y la Orden TMS/1277/2019, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2020 no incluye contrataciones de puesto de trabajo de carácter estable. Ante la actual crisis de la pandemia por el Covid-19, aún no se ha diseñado una estrategia política a seguir para la inserción laboral de las personas.

V

A través del análisis de la jurisprudencia hemos tratado de averiguar si, gracias a la intervención de los tribunales, se han conseguido avances en el reconocimiento de la dignidad laboral de los migrantes laborales.

La experiencia ha demostrado que el mero reconocimiento constitucional de los derechos es una condición necesaria pero no suficiente para garantizar la eficacia de los mismos. Así, en las actuales Constituciones se reconoce un amplio catálogo de derechos, pero es una regla general del régimen constitucional que esta declaración se complementa con un sistema de garantías que asegure su efectividad por lo que hemos dedicado una atención importante a los mecanismos que garantizan el derecho al trabajo y todos los elementos que lo configuran.

En lo que interesa a nuestro estudio, y tras un análisis de las garantías en el ámbito contencioso y laboral, destacamos la novedad incorporada en el contexto penal. Así, siguiendo la evolución en la protección de derechos y como respuesta del Estado para aumentar la protección de los derechos de los inmigrantes irregulares ante el crecimiento de la inmigración clandestina en nuestro país y el aprovechamiento que las mafias obtenían con ese movimiento, se introdujo el Título XV bis de los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. El contenido de este título y de su precedente –el Título XV– ponen de relieve el cambio de mentalidad del legislador que ha pasado de considerar el derecho penal del trabajo como un instrumento de control de los derechos de los trabajadores a estimarlo como un instrumento de protección de estos mismos derechos pertenecientes a la clase trabajadora, como sujeto de derechos. Con todo, se observa con desazón que, a pesar de que la normativa internacional, europea y nacional reconoce instrumentos de protección de los derechos de los trabajadores extranjeros, se siguen produciendo prácticas o aplicando criterios que violan estos derechos y, por tratarse de un colectivo vulnerable, los inmigrantes tropiezan con numerosos obstáculos prácticos a la hora de acceder a la justicia y de defender sus derechos.

La desprotección de estas personas se origina en los propios contratos laborales, en el desequilibrio entre las partes contractuales que permite a la parte empleadora, bordeando la legalidad, eludir la protección que otorga el Derecho del trabajo o, incluso, en la exclusión de algunos colectivos del ámbito de aplicación de las propias

normas laborales. Así, a pesar de la numerosa normativa que regula la relación laboral y que, como hemos analizado en capítulos precedentes, trata de proteger el estándar de dignidad y libertad de los trabajadores migrantes, en la realidad se siguen produciendo frecuentes violaciones de los derechos de este colectivo. En concreto, existen numerosos estudios que revelan que las personas inmigrantes suelen padecer situaciones discriminatorias y abusivas en el trabajo que no se denuncian por el miedo de los trabajadores extranjeros a perder el empleo o, en el peor de los casos, ser deportados. Estos abusos se refieren a jornadas laborales desproporcionadas, horas de trabajo no abonadas o pagadas de manera distinta atendiendo a la nacionalidad, pagos de salario *en negro* y, en general, una situación de discriminación respecto a los trabajadores nacionales. Las posibles represalias en caso de denuncia de los abusos impiden que se detecten estas situaciones discriminatorias.

Por ello es muy importante la labor judicial, determinante para garantizar la protección de los trabajadores asegurando una interpretación de la legislación acorde con los derechos que la Constitución y los Tratados internacionales les reconocen, especialmente en épocas más recientes a raíz de las últimas reformas laborales para hacer frente a la globalización y luchar contra la crisis financiera y económica.

Hemos dedicado el último capítulo de la tesis a la labor de construcción jurisprudencial de la dignidad en el entorno laboral llevada a cabo por los tribunales tanto europeos como españoles.

Comenzando por la jurisprudencia europea, si bien el concepto de dignidad está fuertemente influido por los valores de una determinada sociedad en un ámbito temporal y espacial concreto, el TEDH ha incorporado en su jurisprudencia un concepto de dignidad cada vez más homogéneo –debido a la globalización que acerca a las sociedades– y en estrecha relación con los derechos fundamentales. Así, pese a no encontrarse formulada en el CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha deducido el respeto y protección de la dignidad relacionándola con la interpretación de determinados derechos –a diferencia del TJUE que ha reconocido un derecho autónomo a la garantía de la dignidad humana– y reconociendo en la dignidad y la libertad humana las bases esenciales del Convenio. Además, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que tiene actualmente el mismo valor que los tratados originales destaca que la persona se sitúa “en el centro de su actuación” y según su artículo 1, “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

El núcleo duro de la jurisprudencia del TEDH en materia de dignidad lo constituyen sus pronunciamientos en relación con violaciones del artículo 4 CEDH sobre la prohibición de esclavitud y del trabajo forzado. La numerosa jurisprudencia del TEDH sobre vulneración de la dignidad en el ámbito laboral que hemos analizado se refiere frecuentemente a personas migrantes que han sido víctimas de explotación laboral a consecuencia de su ingreso ilícito en el país. Esta situación de irregularidad les coloca en una posición de vulnerabilidad y, frecuentemente, en manos de traficantes o tratantes para acceder a esos empleos (caso *Siliadin c. Francia*, caso *Chowdury y otros c. Grecia*, caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, destacadamente).

Ya en España, el Tribunal Constitucional ha perfilado claramente las notas configuradoras de la dignidad humana considerándola como un *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos y concibiéndola como un valor de supremacía máxima y base de todos los derechos fundamentales. Trasladado al ámbito del derecho del trabajo supone que la persona trabajadora ha de ser tratada y respetada conforme a su dignidad personal durante el desempeño de una actividad laboral retribuida.

En el análisis jurisprudencial realizado en este estudio, vemos que se ha avanzado en la construcción de un concepto de dignidad cada vez más fortalecido frente a las vulneraciones de estos derechos fundamentales en el entorno laboral y que el extranjero trabajador, pese a la situación de precariedad y dificultad que suele acompañarle, ha visto respaldado en numerosos pronunciamientos el reconocimiento a la dignidad. Especialmente destacables son las sentencias que se pronuncian sobre derechos absolutos que en materia laboral son la prohibición de la esclavitud, servidumbre, trata de personas y los trabajos forzosos. En estas sentencias – habitualmente protagonizadas por víctimas femeninas– se describe la trata con fines de explotación sexual como casos paradigmáticos de “cosificación” de las personas trabajadoras que las reduce a meros objetos susceptibles de transmisión por lo que la defensa de sus derechos entronca directamente con el concepto de dignidad.

Junto a esos derechos absolutos, el análisis jurisprudencial de la dignidad del trabajador inmigrante en relación con los derechos socio-laborales, nos ha llevado a analizar la protección dispensada a los derechos de negociación colectiva, los permisos de trabajo, sindicación y huelga, salud, seguridad e integridad –también moral– en el trabajo constatándose una jurisprudencia nacional (tanto ordinaria como

constitucional) que ha conocido fluctuaciones, a su vez reflejo de los vaivenes interpretativos de las instancias europeas.

En definitiva, ese enfoque multinivel hemos intentado reflejarlo en el conjunto de la tesis doctoral de manera transversal, e ilustrarlo de manera más detallada en el capítulo cuarto (con jurisprudencia nacional –ordinaria y constitucional–, así como internacional– del TEDH y del Comité Europeo de Derechos Sociales en el caso del Consejo de Europa, y del TJUE en el caso de la Unión Europea–), teniendo siempre en mente dos elementos: por una parte, la dignidad inherente a la persona (y, por tanto, también a los trabajadores inmigrantes) y la indivisibilidad de todos los derechos humanos (lo cual se ha comprobado en los múltiples supuestos que hemos introducido de derechos civiles y políticos, así como de derechos económicos, sociales y culturales, en cuanto a su disfrute por los trabajadores inmigrantes); y, por otra parte, que todo el sistema de protección debe orientarse por el principio *favor libertatis* o *pro personae* o, lo que es lo mismo en el ámbito laboral, el principio *favor laboratoris* o *pro operario*.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.

ACHÓN RODRÍGUEZ, Olga, “Alojamientos para trabajadores agrícolas extranjeros contratados en origen y privación de libertades. El caso del sistema de alojamiento propuesto por el Sindicato Agrícola Unió de Pagesos en la Comarca del Segrià (Lleida)”, en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Ortega Pérez, N. y Guillén López, E. (coords.), Comares, Granada, 2011, pp. 337-346.

ADNANE, Abdelhamid,

- “El artículo 10.2 CE: un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales: reflexiones tras la ratificación de España del Pacto Facultativo Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, *Lex Social*, vol. 1, núm. 1, 2011, pp. 126-140.

- “El trato discriminatorio de la filiación extramatrimonial en Marruecos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 86, 2013, pp. 281-306.

- “Reconocimiento y garantía del bienestar en África: los derechos y sus cauces de protección”, en Jimena Quesada, L. y Terol Becerra, M. (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 491-524.

AGUERRE, Lucía Alicia, *El fenómeno migratorio y su relación con la crisis de la noción moderna de ciudadanía: análisis de tres propuestas*, Buenos Aires, 2016, Libro digital, EPUB. Archivo Digital: descarga y online, pp. 1-190.

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 175-196.

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo,

- “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, en AAVV, *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, pp. 439-456.

- *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- *La nueva regulación de la inmigración en España, Novedades de Derecho Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- AJA, Eliseo, MONTILLA, José Antonio y ROIG, Eduardo, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François, “Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”, *Revista de Derecho Político*, núm. 67, 2006, pp. 387-407.
- ALARCÓN CARANCUEL, Manuel R., “Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: Entre la consagración del Estado Social y el efecto de las crisis económicas”, en *El Trabajo ante el cambio del siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Alarcón, M.R. y Mirón, M.M. (coords.), Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, pp. 9-34.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar, *La precariedad laboral: análisis y propuestas de solución*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia y CARRIZO AGUADO, David, “El fenómeno migratorio en el contexto de la Unión Europea: el silencio ensordecedor que apaga el grito de los más vulnerables”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2, 2017, pp. 35-39.
- APARICIO ALDANA, Rebeca Karina, *Derechos a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia en las relaciones jurídico-laborales*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- ARANGO, Joaquín, “Las leyes de las migraciones de E. G. Ravenstein, cien años después”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 32, 1985, pp. 7-26.
- ARENDDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2013.
- ASTOLA MADARIAGA, Jasone, “Lo social y lo económico en los Tratados de la Unión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 2009, pp. 376-377.
- ASÚA BATARRITA, Adela y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “Derecho a tener derechos: Participación y cohesión social en el sistema constitucional español.

Prestaciones sociales y ciudadanía”, *Working Paper XVIII Conferencia Trilateral de Tribunales Constitucionales*, 6-8 de octubre de 2016, Roma, pp. 1-37.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, pp. 481-505.

BALLESTER CARDELL, María

- “Relación entre Derecho comunitario y Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 46, 1999, pp. 105-148.

- “Mujer y discapacidad”, en Serra Cristóbal, Rosario (Coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 155-198.

BANDA VERGARA, Alfonso, “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho*, Vol. IX, Universidad Austral de Chile, diciembre 1998, pp. 7-42.

BASILE, Silvio, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en *La Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1981, pp. 263-318.

BAYLOS GRAU, Antonio,

- *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009.

- “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional Español: auge y declive de la función de tutela”, *Revista de Derecho social*, núm. 69, enero 2015, pp. 17-30.

BENAVIDES ZULA, Carmen M., HELGUERO LOAYZA, Katerina L., “Mujeres inmigrantes entre la precariedad familiar y la precariedad laboral. Roles de género y división sexual del trabajo”, *Trabajo Social Hoy*, núm. 66, 2012, pp. 49-72.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene, *Competencias y Estrategias de las Comunidades Autónomas en Inmigración*, Junta de Andalucía, 2009.

BONET PÉREZ, Jordi,

- “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *La protección internacional de los Derechos Humanos en los albores del Siglo XXI*, Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

- “La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, social y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derechos y Libertades*, núm. 35, 2016, pp. 158-172.

BRILLAT, Régis, “La Charte sociale européenne et le contrôle de son application”, en Aliprantis, N. (ed.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruylant, Bruselas, 2009, pp. 219-234.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Jimena Quesada, L. y Terol Becerra, M. (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 469-492.

CABEZA PEREIRO, Jaime,

- “Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo”, en AA.VV., *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Laborum, Murcia, 2007 pp. 25-74.

- “La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015, pp. 79-101.

CAICEDO CAMACHO, Natalia, “Los derechos sociales de los y las migrantes: el reconocimiento fragmentado por el TEDH”, *Derechos y Libertades*, núm. 38, 2018, pp. 231-269.

CÁCERES RUIZ, Juan Ignacio, ESCOT MANGAS, Lorenzo, FERNÁNDEZ CORNEJO, José Andrés, SAIZ BRIONES, Javier, “La segregación ocupacional y sectorial de la mujer en el mercado de trabajo español”, *Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, Universidad Complutense de Madrid, núm. 6, 2004, pp. 1-26.

CANALEJO FERNÁNDEZ, Sonia R., PÉREZ GARCÍA, Álvaro y QUINTERO ORDÓNEZ, Belén, “Acercamiento a las dificultades de acceso de las mujeres a las

incorporaciones al mercado laboral”, en *Interculturalidad y Género*, Soriano, E., Osorio, M. y Gonzáles, A.J. (coords.), Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2006, pp. 131-137.

CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco, *Los derechos humanos laborales en el Derecho internacional*, Tesis doctoral. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Mariño Menéndez, F.M. (dir.), Getafe, octubre de 2016, https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3021/tesis_canessa_2006.pdf

CARO MUÑOZ, Ana I. y CUEVA PUENTE, M^a del Carmen, “Multiculturalismo y contrato de trabajo. Algunos desafíos de la integración laboral de los extranjeros en España”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 9, 2006, pp. 227-282.

CARRASCO CARPIO, Concepción, *Mercados de trabajo: Los inmigrantes económicos*, Observatorio Permanente de la Inmigración, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2019.

CARRILLO SALCEDO, Javier, *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999.

CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo” en Alarcón Caracuel, M. R. y Mirón Hernández, M. M. (coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo. Un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 157-174.

CASERO RIPOLLÉS, Andreu, “Informando del “otro”: estrategias del discurso periodístico en la construcción de la imagen de los inmigrantes”, *Sphera publica: revista de ciencias sociales y de la comunicación*, núm. 4, 2004, pp. 221-236.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén, “La gestión colectiva de contratación en origen. La protección y defensa de la inmigración necesaria: Sentido y alcance de una inmigración económico-laboral ordenada”, en *Protección Jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Monereo Pérez, J.L. (dir.), Comares, Granada, 2010, pp. 245-275.

CEBRIÁN, Inmaculada, *Precarización y empobrecimiento de la población trabajadora en España*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2016.

CELAYA IBARRA, Adrián, “Un compromiso con los derechos humanos” en *Humanismo para el siglo XXI: propuestas para el Congreso Internacional*, Amigo Fernández de Arroyabe, M.L. (ed.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 77-82.

CERDÁ FIOL, Antonio, “Repercusiones de la globalización en la inmigración y en el trabajo”, en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Instituto de las Migraciones, 2011, pp. 1923-1932.

CHARRO BAENA, Pilar, *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros en España*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

COLECTIVO IOE, *Mujer, inmigración y trabajo*, Madrid, IMSERSO, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

COLECTIVO IOE, *Trabajadoras inmigrantes por cuenta propia. Una aproximación descriptiva*, Beltrán, J., L. Oso, L. y Ribas, N. (coords.), Empresariado étnico en España, Madrid, Fundació CIDOB/Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006.

CUBERO MARCOS, José Ignacio, “El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54, 2017, pp. 118-140.

D. S. MASSEY et al, “Theories of International Migration: A review and appraisal”, *Population and Development Review*, núm. 19, vol. 3, 1993, pp. 431-466.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “El enfoque trafiquista y la perspectiva de género en la prostitución y la trata de seres humanos”, en Lorenzo Copello, P. y Durán Muñoz, R. (eds.), *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 631-664.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DE LOS REYES, Alberto, “El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes en la Europa Continental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 135-178.

DE LUCAS, Javier,

- “Ciudadanía, Extranjería y Derechos”, en *Constitución y derechos fundamentales*, Betegón, J., De Páramo, J. R., Laporta, F.J. y Prieto, L. (coords), CEPC, Madrid, 2004, pp. 379-408.

- “Reconocimiento, inclusión y ciudadanía. Los derechos de los inmigrantes”, en Añón, M^a José (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 27-36.

DE VAL ARNAL, Jesús, “El principio inquebrantable del Derecho del Trabajo: la dignidad del trabajador postulada en la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Comunicación presentada a las Jornadas Catalanas de Derecho Social*, 2016, pp. 1-19.

DE VEGA GARCÍA, Pedro,

- “La eficacia horizontal del recurso de amparo: problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, 1992, pp. 357-375.

- “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, *Pensamiento Constitucional*, vol. IX, núm. 9, 2003, pp. 25-43.

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.,

- “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 287-314.

- *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DÍAZ AZNARTE, María Teresa, “El trabajador extranjero en situación administrativa irregular” en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Monereo Pérez, J.L. (dir.), Comares, Granada, 2010, pp. 405-424.

DÍAZ CREGO, María, “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pp. 115-155.

DOERINGER, Peter y PIORE, Michael, *Mercados internos de trabajo y análisis laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando, «Dignidad humana, tratados internacionales y derechos de los extranjeros: comentario a las SSTC 236/2007, 259/2007 y concordantes», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2008, pp. 1153-1166.

ERMIDA URIARTE, Óscar, “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad, No-discriminación y Derechos Humanos en el Derecho del Trabajo”, *Revista Derecho y Sociedad*, Facultad de Derecho de la PUCP Lima, núm. 37, 2011, pp. 15-22.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)”, en Escobar Roca, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 459-647.

ESPLUGUES MOTA, Carles (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería: (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 1/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ESTEVE GARCÍA, Francina, *Las Directivas Europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y en Francia* (Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/05FrancinaEsteveGarcia.htm#dos>).

ESTRADA TANCK, Dorothy, “Protección de las personas migrantes indocumentadas en España con arreglo al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2017, pp. 255-277.

FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Borja, “El trabajo forzado, la servidumbre y la esclavitud en Europa atendiendo a los sectores productivos: análisis crítico del alcance de la jurisprudencia del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Universitas*, núm. 25, 2017, pp. 90-138.

FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén, “Los inmigrantes ante el mercado laboral español en tiempos de crisis”, *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 23, 2017, pp. 53-70.

FERNÁNDEZ DEL RIESGO, Manuel, “Ética, religión y dignidad humana” en *Humanismo para el siglo XXI*, Propuestas para el Congreso Internacional, Amigo Fernández de Arroyabe, M.L. (ed.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 453-462.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, “La protección laboral de los trabajadores extranjeros en situación irregular, criterios jurisprudenciales en torno al salario y los despidos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2, 2017, pp. 85-93.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco,

- “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 50, 1996, pp. 11-45.

- “La Dignidad de la Persona en el Ordenamiento Constitucional Español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43, 1995, pp. 23-48.

- “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 65-97.

FERNÁNDEZ SUÁREZ, Belén, *¿Quién gobierna? Políticas públicas e integración de inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos,

-“Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, núm. 35, Madrid, 1992, pp. 97-110.

- “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 103-141.

GALERA VICTORIA, Adoración, “Las políticas de inmigración en el estado autonómico”, *Inmigración y Crisis Económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, en J.A. Fernández Avilés y M^a N. Moreno Vida (coords.), Comares, Granada, 2011, pp. 243-254.

GALLARDO MOYA, Rosario, “Los nuevos planes de igualdad en la empresa: un análisis de las primeras experiencias”, *Revista de Derecho Social*, núm. 48, 2009, pp. 83-107.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “Sinopsis del artículo 13”, en *Constitución Española*, 2003, disponible en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=13&tipo=2>).

GARAITAGOITIA EGUÍA, José Ramón, *Dignidad de las persona y derechos fundamentales en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea*, Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios, Departamento de Publicaciones, Grupo Impresa, Madrid, 2009, pp. 257-284.

GARCÍA AÑÓN, José, “Derechos de los extranjeros y discriminación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2002. <https://www.uv.es/CEFD/5/garciaanon.htm>

GARCÍA GARCÍA, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Universidad de Murcia, Murcia, 2003.

GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos”, *Ius. Revista Jurídica*, Universidad Latina de América, núm. 28, 2008.

GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, López Guerra, L. (dir.), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 159-177.

GARCÍA MURCIA, Joaquín y CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, “La distribución de competencias en materia de inmigración”, *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, pp. 227-263.

GARCÍA NINET, José Ignacio, *Estatuto de los Trabajadores y Libertad Sindical*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.

GARCÍA ROCA, Javier, “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, en Revenga Sánchez, M. (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración: Una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch-Giuffrè, Valencia, 2005, pp. 71-108.

GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, “La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y de Ciencias Penales*, núm. 58, 2005, pp. 837-886.

GARRIGUES GIMÉNEZ, Antonio, *Diálogo social europeo, negociación colectiva y medidas gender-fair. Experiencias comparadas y análisis de resultados*, Reus S.A., Madrid, 2014.

GIL RUIZ, Juana M^a, *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007.

GIL SUÁREZ, Luis; IGLESIAS CABERO, Manuel y GIL FERRO, María Loreto, *Estatuto de los Trabajadores. Jurisprudencia, comentarios doctrinales*, Ed. Constitución y Leyes, Madrid, 2013.

GIL Y GIL, José Luis, “Concepto de trabajo decente”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, monográfico sobre *La promoción del trabajo decente como respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera*, núms. 15-18, 2012, pp. 77-120.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “¿Una política común de inmigración en las Unión Europea? Evolución, retos y realidades”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 29, 2015, pp. 191-222.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 1-420.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda,

- “La dignidad como fundamento de los derechos. Especial referencia al derecho a la vida”, en L. Feito, *Bioética: la cuestión de la dignidad*, Universidad de Comillas, Madrid, 2004, pp. 75-99.

- “Dignidad y ordenamiento comunitario”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 219-254.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 40, 2010, p. 203-222.

GONZÁLEZ DE AGUILAR, Carmen y VALBUENA REYERO, Rosario, “Inmigración altamente cualificada: mercado y regulación: Una revisión del caso español”, *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011, pp. 81-114.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La Dignidad de la Persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

GRAU PINEDA, Carmen, “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, Volumen, 9, 2019, pp. 47-90.

GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Volumen 4, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2003, pp. 193-224.

GUITÉ PASCUAL, Maribel, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del Espacio Europeo de los derechos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio,

- “Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en las Leyes españolas”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 22, 2003, pp. 13-26.

- “La dignidad quebrada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, pp. 331-343.

- *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons Ediciones, Madrid, 2005.

HÄBERLE, Peter,

- *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1997.

- “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, en Fernández Segado, F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia*

constitucional y otros estudios de Derecho público, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 175-237.

HABERMAS, Jürgen, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 105-121.

HESSE, Konrad, *en Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1959.

IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Algunas consideraciones sobre el contingente de trabajadores extranjeros a la luz del nuevo Reglamento de extranjería”, en *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, Alonso Burón, J.C. y Sánchez-Rodas Navarro, C. (coords.), 2005, pp. 91-114.

IGARTUA PEROSANZ, Juan José y MUÑIZ, Carlos (coords), *Medios de comunicación, inmigración y sociedad*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.

IGLESIAS DE USSEL, Julio (ed.), *Las políticas de integración social de los inmigrantes en las comunidades autónomas*, Fundación BBVA, 2010.

IZQUIERDO ESCRIBANO, Antonio, “Mercado laboral e inmigración”, en *Sociedad Civil e Inmigración*, Garrido Mayol, V. (coord.), Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, 2003, pp. 87-98.

JIMENA QUESADA, Luis,

- *La Europa social y democrática de derecho*, Dykinson, Madrid, 1997.

- “El papel de la sociedad civil y de los poderes públicos en materia de inmigración” en *Sociedad Civil e Inmigración*, Garrido Mayol, V. (coord.), Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, 2003, pp. 199-228.

- “Retos pendientes del Estado social español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996”, *Nuevas Políticas Públicas*, núm. 2 (monográfico sobre *Los derechos sociales*), Junta de Andalucía/Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006, pp. 40-71.

- *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, (Sistema de reclamaciones colectivas, Vol. I: 1998-20005)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2012”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2012, pp. 361-384.
- “Profils juridictionnels et effectivité des décisions du Comité européen des Droits sociaux”, en Roman, D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Ed. Pedone, Paris, 2012, pp. 165-178.
- “Introducción: sostenibilidad y efectividad de los derechos sociales, incluso y sobre todo en tiempos de crisis”, en *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 13-48.
- “La protección de los derechos de las trabajadoras migrantes en el ordenamiento constitucional español”, en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en Homenaje a la Profesora Julia Sevilla*, Corts Valencianes, Valencia, 2014, pp. 331-340.
- “El tríptico liberal en el constitucionalismo social”, *Revista General de Derecho Público Comparado* (Monográfico sobre *Liberté, Égalité, Fraternité*), núm. 20, 2017, p. 2 y ss.
- “La protección constitucional de las relaciones laborales transnacionales en España”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 132, 2017, pp. 49-78.
- “Las grandes líneas jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos Sociales: tributo a Jeanmichel Belorgey”, *Lex Social*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 1-25.
- “Afectación de la integración económica y la globalización a los valores y al Estado social”, en García Guerrero, J.L. y Martínez Alarcón, M.L. (dirs.), *Constitucionalizando la globalización*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1373-1420.
- “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2018-2019”, *Lex Social*, vol. 2, núm. 10, 2020, pp. 764-826.
- “El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vial en el marco de la evolución de los estándares internacionales”, *Lex Social*, vol. 2, núm. 10, 2020, pp. 361-423.

JIMENA QUESADA, Luis y DE SCHUTTER, Olivier, “Article 7”, en Decaux, E. y De Schutter, O. (dirs.), *Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – Commentaire article par article*, Éditions Economica, París, 2019.

JIMENA QUESADA, Luis y TOMÁS MALLÉN, Beatriz, “Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 68, 2007, pp. 337-362.

JOVER GÓMEZ-FERRER, Rafael, ORTEGA CARBALLO, Carlos, RIPOL CARULL, Santiago, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

KRÜGER, H., *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1966.

LANDA ARROYO, César, “Dignidad de la Persona Humana”, *Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 7, 2002, pp. 110-138.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 71, 2007, pp. 67-91.

LENZI, Olga, “Trabajadoras migrantes domésticas: la necesidad de una adecuada protección social”, *Cambio laboral y políticas inclusivas*, Cardona Rubert, M.B., Cordero Gordillo, V. y Loy, G. (coords.), Universitat de València, 2017, pp. 347-356.

LICERAS RUIZ, Dolores, “Las mujeres en el mercado actual”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995, pp. 107-116.

LÓPEZ GUERRA, Luis,

- “La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L. (dirs.), *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, 2014, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 297 y ss.

- “Crisis económica y derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 399-414.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “La prueba de la discriminación en el derecho comunitario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 60, 2012, pp. 125-138.

MALGESINI, Graciela (ed.), *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Icaria, Barcelona, 1998.

MARÍN CASTÁN, María Luisa, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 9, 2007, pp. 1-8.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, “Los derechos de los extranjeros en el derecho internacional”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995.

MARTÍN DÍAZ, Emma, “El impacto del género en las migraciones de la globalización: mujeres trabajos y relaciones interculturales”, *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 270, Universidad de Barcelona, 2008. Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-270/sn-270-133.htm>

MARTÍNEZ PARDO, Vicente J., “Las libertades públicas y los derechos fundamentales de los extranjeros”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 19, 2007, pp. 1-10.

MARTÍNEZ PEÑA, Leandro, “Los inicios de la legislación laboral española”, *Revista Aequitas*, Volumen I, 2011, pp. 25-70.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Treinta años de afianzamiento de los derechos fundamentales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 45-62.

MAURER, Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, París, 1999.

MENDOZA, Mijail, *Aspectos preliminares sobre los principios constitucionales*, Ponencia presentada a la 1.ª Convención Latinoamericana de Derecho (20-24 de noviembre de 1995), Lima-Perú.

MESTRE I MESTRE, Ruth,

- “La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, p. 122 y ss.

- “La jurisprudencia en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado”, *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, Monográfico sobre Cuerpos, mercados y sexualidades: continuidades, paradojas y disidencias, núm. 4, 2020, pp. 208-226.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Políticas comunitarias de gobernanza de las inmigraciones laborales y su impacto en el derecho español: crisis, contradicciones y nuevos horizontes”, en C. Molina Navarrete (Coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Junta de Andalucía, 2019.

MOLPECERES ÁLVAREZ, Laura, “Situación laboral de las mujeres inmigrantes en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 30, núm. 1, pp. 91-113.

MONEREO PÉREZ, José Luís,

- “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho “al trabajo” en la “sociedad del riesgo” ?, *Temas Laborales*, núm. 26, 2014, pp. 47-90.

- “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 34, 2013, pp. 11-67.

- *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1996, especialmente el capítulo II: “La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”.

- *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020.

MONEREO PÉREZ, José Luis, FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel (coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012.

MONEREO PÉREZ, José Luis y TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, “Los derechos de sindicación y huelga”, en Monereo Pérez, J. L. (dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010.

MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada, “Trata sexual de mujeres: nuevas claves para el derecho de asilo”, en *El delito de trata de seres humanos*, Escuela Judicial, material docente en línea

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mlNbIjd7SCkJ:www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FORMACI%25C3%2593N%2520CONTINUA/PLAN%2520ESTATAL/MATERIALES%2520DOCENTES/FICHERO/CU17083%252001%2520Montalban%2520Huertas%2520I.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es>

MONTILLA MARTOS, José Antonio y RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, “Las normas generales del Estado en materia de inmigración en el año 2012”, en *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012*, CIDOB, 2013.

MONTILLA MARTOS, José Antonio y VIDAL PUEYO, Camino (coords.), *Las competencias en inmigración del Estado y las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Foro Inmigración y Ciudadanía, núm. 15, 2007.

MONTILLA MARTOS, José Antonio, “Las funciones y competencias de las CC.AA. en inmigración”, en Aja, E., Montilla, J.A. y Roig, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración, Novedades de Derecho Público*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 23-76.

MONTILLA MARTOS, José Antonio, BOZA MARTÍNEZ, Diego y otros, “Legislación, Jurisprudencia y Derecho de los Inmigrantes, *Anuario CIDOB de la inmigración 2015-2016*, pp. 272-293.

MONTOYA MEDINA, David, “El despido del trabajador extranjero en situación irregular”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, 2016, pp. 29-58.

MORALES ORTEGA, José M., “Empleo de calidad: ¿Realidad o ficción?” en *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (dir.), Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, p. 77-108.

MORTE GÓMEZ, Carmen, “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 551-568.

MOYA MALAPEIRA, David, “El principio de dignidad de las personas extranjeras en España y su aplicación en el ámbito de las privaciones de libertad. Algunas notas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 61-62, 2016.

MOYA, Miguel y PUERTAS, Susana, “Estereotipos, Inmigración y Trabajo”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 29(I), 2008, pp. 6-15.

MUÑOZ COMET, Jacobo,

- *La inserción de los inmigrantes en el mercado de trabajo español. Efectos del cambio del ciclo económico*, Tesis doctoral. Universidad Complutense, Madrid, 2014. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/26013/1/T35427.pdf>.

- “Evolución del empleo y del paro de las mujeres inmigrantes en el mercado de trabajo español. El impacto de la actual crisis económica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 30, núm. 1, 2012.

MURCIA CLAVERÍA, Ana, “Despido improcedente: una sanción mínima y polémica que no garantiza el derecho a la protección contra un despido injustificado”, en Murcia Clavería, Ana, y Valdés Dal-Ré, Fernando (Dir.), *El despido en España tras la reforma laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 119-145.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una lectura social de sus disposiciones generales”, *Working Paper*, 2017. (Disponible en https://www.researchgate.net/publication/315791416_LA_CARTA_DE_DERECHOS_FUNDAMENTALES_DE_LA_UNION_EUROPEA_UNA_LECTURA_SOCIAL_DE_SUS_DISPOSICIONES_GENERALES).

NOYA MIRANDA, Javier, “Inmigración, mercado de trabajo y Estado de Bienestar. Debate científico-político y comparación internacional”, en Izquierdo, A. (dir.), *Inmigración: Mercado de Trabajo y Protección Social en España*, CES, Madrid, 2003, pp. 45-98.

NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano, *Interculturalidad y derecho del trabajo: una aproximación a la gestión no discriminatoria de la diversidad cultural en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2009.

OCHOA RUÍZ, Natalia, “La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. Especial 02, 2019, pp. 203-224.

OELZ, Martín, “El convenio y la recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos: una oportunidad para la justicia social”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, núm. 1, 2014, pp. 161-195.

OIM, *Estudios sobre la situación laboral de la mujer inmigrante en España, Análisis y proposiciones para la igualdad de trato y la lucha contra la discriminación*, Comillas, 2015.

OIT, Informes

- *El empleo atípico, una característica del mundo de trabajo contemporáneo*, Ginebra, 2016.

- *Migración laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza*, Ginebra, 2017.

- *Perspectivas sociales del empleo en el mundo 2018: la sostenibilidad ambiental con empleo*, Ginebra, 2018.

- *Un paso decisivo hacia la igualdad de género: En pos de un mejor futuro del trabajo para todos*, Ginebra, 2019.

- *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Ginebra, 2019.

- *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo Tendencias 2020*, Ginebra, 2020.

- *Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021: Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19*, Ginebra, 2020.

OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008, pp. 147-169.

ORDÓÑEZ, SOLÍS, David, “Comentario de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm.52, 2015, pp. 75-218.

ORTEGA RUÍZ, Mónica, “Inmigrantes y extranjeros regulares e irregulares en España: una comparativa entre autonomías”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 13, 2012, pp. 109-125.

OSTERMAN, Paul, *Mercados internos de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1998.

PACHECO ZERGA, Luz, *La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2010.

PAJARES ALONSO, Miguel,

- “El proceso de regularización de 2005. Sus efectos posteriores sobre la inserción laboral de la población inmigrada”, Aja, E. y Arango, J. (eds.), *La inmigración en España en 2006. Anuario de inmigración y políticas de inmigración*, CIDOB, Barcelona, 2007, pp. 212-225.

- *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

PALACIOS SANABRIA, M^a Teresa, “Dignidad humana para los extranjeros. Aspectos normativos y jurisprudenciales en el DIDH”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 35, 2014, pp. 275-301.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.

PAUNER CHULVI, Cristina, *Emigración y Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PARELLA RUBIO, Sònia, *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos, Barcelona, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio,

- *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y Política)*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 11, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1999.

- *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, en Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 26, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2003.

- *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

- *Los valores superiores*, Tecnos (Temas Clave de la Constitución), Madrid, 1986.

PEDREÑO CÁNOVAS, Andrés: “De inmigración, fronteras y naufragios”, en *Mediterránea Migrant*, I Jornades Medimigra, Piqueras, A. (coord.), Universitat Jaume I, Castellón, 2007.

- PELÉ, Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 1, 2004, pp. 9-13.
- PÉREZ ALBERDI, M^a Reyes, “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, ambos en Terol Becerra, Manuel y Jimena Quesada, Luis (Dirs.), *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, 2014, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 319-332.
- PÉREZ LUÑO, Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004.
- PEREZ OROZCO, Amaia, “Amenaza tormenta: la crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico”, *Revista de Economía Crítica*, núm. 5, 2006, pp. 7-37.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Repensando los derechos humanos: entre el universalismo y el relativismo”, en Lorenzo Capelo, P. y Durán Muñoz, R.(eds.), *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 191-240.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
- PUERTA VÍLCHEZ, Juan Manuel, “El contingente de trabajadores extranjeros”, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Mercedes Moya Escudero (coord.), 2001, pp. 377-390.
- RAMCHARAN, Bertrand (ed.), “The Travaux Préparatoires of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 1948–1966.
- RAMOS QUINTANA, María Isabel, “Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 13-32.
- RAMOS, Samuel, *Hacia un nuevo Humanismo, Fondo de Cultura Económica*, México D.F., 1997.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 117-143.

REQUENA MONTES, Óscar, “La modificación sustancial de condiciones de trabajo que no respeta lo previsto en el artículo 41 y redundante en menoscabo de la dignidad del trabajador”, en Todolí Signes, Adrián, Talens Visconti, Eduardo, Requena Montes, Óscar, y Tormos Pérez, Juan Alberto, *La extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador: Artículo 50 ET*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 13-72.

REY MARTÍNEZ, Fernando, “El modelo europeo de lucha contra la discriminación” en *Pluralidad de Ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Matía Portilla, F.J. (dir.), CEPC, Madrid, 2011, pp. 61-103.

RIBEIRO LEAO, Renato Zerbini, *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, 2009.

RIVA PALACIO LAVÍN, Antonio, *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D. F., 2012.

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y HORNERO MÉNDEZ, César, *El nuevo derecho de extranjería: estudios acerca de la Ley orgánica 4/2000, de enero sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social*, Comares, Granada, 2001.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana y ÁLVAREZ CUESTA, Henar, *Trabajo autónomo y trabajo por cuenta ajena: nuevas formas de precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2019.

RUBIO LLORENTE, Francisco, “Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional”, monográfico dedicado a: *La Rebelión de las Leyes*, núm. 4, 2006.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, “Artículo 35: Derechos Laborales”, en *Comentarios a la Constitución Española de*

1978, Alzaga Villamil, O. (dir.), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, tomo III, pp. 571-598.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 434, 2019. (Disponible en <http://www.ceflgal.com/revista-trabajo/sinergias-entre-la-oit-y-los-instrumentos-internacionales-de-proteccion-de-los-derechos-sociales-estado-actual-y-perspectivas-RTS002074.htm>).

SALINAS MOLINA, Fernando, “El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 2002, pp. 15-17.

SALLÉ ALONSO, M. Ángeles, MOLPECERES ÁLVAREZ, Laura y ONGIL LÓPEZ, Marta, *Análisis de la situación laboral de las mujeres inmigrantes. Modalidades de inserción, sectores de ocupación e iniciativas empresariales*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2009.

SALVIOLI, Fabián Omar, “Protección de los derechos sociales en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: la necesidad de fijar una estrategia a favor de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos”, en Jimena Quesada, L. y Terol Becerra, M. (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 457-468.

SÁNCHEZ ALONSO, Blanca, “La Política Migratoria en España. Un análisis de largo plazo”, *Revista Internacional de Sociología (RIS). La inmigración en España: perspectivas innovadoras*. Monográfico núm. 1, 2011, pp. 243-268.

SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, *Constitución Española Comentada*, Paraninfo, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 249-296.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y HUERTAS GONZÁLEZ, Rosa, *Comentarios a la nueva ley de extranjería: Ley orgánica 4/2000, de enero sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “Los inmigrantes en situación irregular: derechos, expulsión y regulación (1990-2004)”, Aja, E. y Arango, J., (eds.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, pp. 129-141.

SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El Derecho al trabajo*, Trotta, Valladolid, 1996.

SATÚSTREGUI, Miguel, “Derechos de ámbito laboral”, en *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

SERNA BERMÚDEZ, Pedro, “La dignidad de la persona como principio del Derecho Público”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, núm. 4, enero-junio 1995, pp. 87-306.

SOLANES CORELLA, Ángeles,

- “El acceso a los derechos sociales por parte de los inmigrantes, un ejemplo: la vivienda”, en AÑÓN, M^a José (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 251-278.

- “¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley Autonómica Valenciana 15/2008”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009, pp. 47-75.

- “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010, pp. 77-102.

SOLÉ, Carlota, *La mujer inmigrante*, Instituto de la Mujer, núm. 40, 1994.

SOLER SÁNCHEZ, Margarita, “Las limitaciones del Derecho como solución a los nuevos retos de las migraciones”, en *Sociedad Civil e Inmigración*, Garrido Mayol, V. (coord.), Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, 2003.

SOUVIRON MORENILLA, José Manuel, “Ámbito y alcance de los derechos sociales en España: los colectivos vulnerables” en *Derechos sociales y protección de los colectivos vulnerables*, González Ríos, I. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

TEIXIDOR DE OTTO, María Jesús, “El trabajo de la mujer inmigrada”, *Cuadernos de Geografía*, núm. 28, 1981, pp. 1-10.

TEZANOS TORTAJADA, José Félix, “Exclusión social, democracia y ciudadanía económica. La libertad de los iguales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 75, 2008, pp. 17-30.

TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia, *El derecho a la negociación colectiva de los trabajadores extranjeros*, en García Castaño, F. J. y Kressova, N. (coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones. Granada, 2011, pp. 359-368.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz,

- “El Brexit y su impacto en la Europa de los derechos: el desafío británico al Derecho Constitucional Europeo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 1169-1208.

- “European Union and Human Rights: Reducing Inequalities and Asymmetries in the Context of the Economic Crisis”, en Carmo, R. M., Rio, C. y Medgyesi, M. (eds.): *Reducing Inequalities: A Challenge for the European Union?*, London, Palgrave Macmillan, 2018.

TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel,

- *El Estatuto Jurídico Laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.

- *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012.

TRUJILLO DEL ARCO, Ángela, “El Asunto S.M. c. Croacia: del nuevo abolicionismo de la prostitución en el CEDH y del desastre interpretativo del TEDH”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 51, 2020 (Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422520&d=1).

URIARTE TORREALDAY, Roberto, “El derecho al trabajo y los extranjeros irregulares”, *Revista de Derecho Político*, núm. 78, 2010, pp. 257-296.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.

VALDUEZA BLANCO, M. Dolores, *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

VALVERDE CANO, Ana, “Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación”, *Estudios de Deusto*, Vol. 67/2, julio-diciembre 2019, pp. 15-29.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, “Reflejos de la «idea de integración» en las normas de extranjería y de nacionalidad. Especial referencia al nacido en España hijo de extranjeros”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2, 2017, pp. 147-163.

VENTURA FRANCH, Asunción, *Las Mujeres y la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

VIDAL PUEYO, Camino, *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

VILAS NOGUEIRA, José, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, pp. 87-104.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

VON MÜNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional alemán”, *Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época*, núm. 9, 2009, pp. 107-123.

VVAA,

- *Inmigración y trabajo de extranjeros*, García Murcia, J. (coord.), Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2005.

- *Migración, Dignidad Humana y Soberanía Estatal, Memoria Grupal*, (dir.), Fana, M. A. (dir.), Iustre colegio de Abogados de Madrid, Universidad Rey Juan Carlos Universidad Francisco de Vitoria, 2010.

- *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España (estudio tras el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*, García Ninet, J. I. (dir.) y Ruano Albertos, S. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012.

ZACHERT, Ulrich, “Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Temas Laborales*, núm. 65, 2002, pp. 9-27.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

PRINCIPAL JURISPRUDENCIA EUROPEA CITADA

Sentencias del TJUE

STJUE de 31 de enero de 1991, asunto C-18/90, *Office national de l'emploi/Kziber*

STJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, *Laval un Partneri Ltd.*

STJUE de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, *Feryn*

STJUE (Gran Sala) de 23 de febrero de 2010, asunto C-310/08, *Ibrahim y Secretary of State for the Home Department*

STJUE (Gran Sala) de 23 de febrero de 2010, asunto C-480/08), *Teixeira*

STJUE de 11 de noviembre de 2014 del TJUE, asunto C-333/13, *Dano*

STJUE (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2014, asunto C-542/2013, *Mohamed M'Body c. Bélgica*

STJUE de 16 de septiembre de 2015, asunto C-433/2013, *Comisión c. Eslovaquia*

STJUE de 25 de febrero de 2016, asunto C-299/14, *García Nieto y otros*

STJUE (Gran Sala), de 26 de julio de 2017, asunto C-646/16, *Khadija Jafari, Zainab Jafari*

STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C- 270/16, *Ruiz Conejero*

STJUE de 14 de noviembre de 2018, asunto C-18/17, *Danieli & C. Officine Meccaniche SpA y otros*

STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, *Nobel Plastiques Ibérica*

STJUE de 21 de octubre de 2019, asunto C-769/19

STJUE de 6 de octubre de 2020, asunto C-181/19, *Jobcenter Krefeld*

STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19, *M.O. y Subdelegación del Gobierno en Toledo*

Sentencias del TEDH

STEDH de 24 de junio de 1984, caso *Van Droogenbroeck c. Bélgica*

STEDH de 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquim contra Bélgica*

STEDH de 7 de agosto de 1996, caso *C. Contra Bélgica*

STEDH de 2 de mayo de 1997, caso *D. C. Reino Unido*

STEDH de 21 de marzo de 2002, caso *Nitecki c. Polonia*

STEDH, de 26 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*

STEDH de 11 de julio de 2002, caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*

STEDH de 30 de septiembre de 2003, caso *Koua Poirrez contra Francia*

STEDH de 13 de julio de 2005, caso *Moldovan y otros c. Rumanía*

STEDH de 26 de julio de 2005, caso *Siliadin c. Francia*

STEDH de 18 de febrero de 2009, caso *Andrejeva contra Letonia*

STEDH de 10 de marzo de 2009 caso *Anakomba Yula contra Bélgica*

STEDH de 9 de julio de 2009, caso *Zeïbek contra Grecia*

STEDH de 7 de enero de 2010, caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*

STEDH de 23 de marzo de 2010, caso *Oyal c. Turquía*

STEDH de 14 de junio de 2011, caso *L.R. c. Reino Unido*

STEDH de 21 de junio de 2011, caso *Ponomaryovi c. Bulgaria*

STEDH de 22 de marzo de 2012, caso *Rangelov c. Alemania*

STEDH de 27 de marzo de 2012, caso *Idemugia c. Francia*

STEDH de 10 de abril de 2012, caso *Panaïtescu c. Rumanía*

STEDH de 13 de noviembre de 2012, caso *C.N. c. Reino Unido*

STEDH de 13 de diciembre de 2012, caso *El-Masri c. Ex República Yugoslava de Macedonia.*

STEDH de 9 de abril de 2013, caso *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*

STEDH de 18 de febrero de 2014, caso *O.G.O. c. Reino Unido*

STEDH de 8 de abril de 2014, caso *Dhahbi c. Italia*

STEDH 17 de julio de 2014, caso *Valentín Câmpeanu c. Rumanía*

STEDH de 24 de julio de 2014, caso *Brincat y otros c. Malta*

STEDH de 27 de enero de 2015, caso *Asiye Genc c. Turquía*

STEDH de 30 de marzo de 2017, caso *Chowdury y otros c. Grecia*

STEDH (*Gran Sala*) de 17 de octubre de 2019, caso *López Ribalda y otros c. España*

STEDH de 7 de enero de 2020, caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*

STEDH (*Gran Sala*) de 25 de junio de 2020, caso *S.M. c. Croacia*

Decisiones del CEDS

Decisión de fondo de 3 de noviembre de 2004 sobre la reclamación colectiva 14/2003

Decisión de fondo de 25 de junio de 2010 sobre la reclamación colectiva 58/2009

Decisión de fondo de 3 de julio de 2013 sobre la reclamación colectiva 85/2012

Decisión de fondo de 11 de septiembre de 2019 de resolución de la reclamación colectiva 158/2017

PRINCIPAL JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA CITADA

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 22/1981, de 2 de julio

STC 38/1981, de 23 de noviembre

STC 35/1982, de 30 de junio

STC 72/1982, de 2 de diciembre

STC 107/1984, de 23 de noviembre

STC 53/1985, de 11 de abril

STC 99/1985, de 30 de septiembre
STC 115/1987, de 7 de julio
STC 120/1990, de 27 de junio
STC 144/1990, de 26 de septiembre
STC 57/1994, de 28 de febrero
STC 150/1994, de 23 de mayo
STC 130/1995, de 11 septiembre
STC 129/1996, de 9 de julio
STC 11/1998, de 13 de enero
STC 191/1998, de 29 de septiembre
STC 91/2000, de 30 de marzo
STC 95/2000, de 10 de abril
STC 137/2000, de 29 de mayo
STC 116/2002, de 20 de mayo
STC 95/2003, de 22 de mayo
STC 55/2004, de 19 de abril
STC 87/2004, de 10 de mayo
STC 163/2004, de 4 de octubre
STC 38/2005, de 28 de febrero
STC 144/2005, de 6 de junio
STC 8/2006, de 16 de enero
STC 344/2006, de 11 de diciembre
STC 236/2007, de 7 de noviembre
STC 259/2007, de 22 de enero
STC 25/2008, de 11 de febrero
STC 6/2011, de 14 de febrero

STC 9/2011, de 28 de febrero
STS de 21 de junio de 2011
STC 66/2014, de 5 de mayo
STC 139/2016, de 21 de julio
STC 118/2019, de 16 de octubre
STC 33/2017, de 1 de marzo

Sentencias del Tribunal Supremo

STS de 23 de febrero de 1983
STS de 10 de marzo de 1983
STS de 28 de abril de 1986
STS de 10 de diciembre de 1993
STS de 13 de febrero de 1996
STS de 30 de abril de 1996
STS de 30 de enero de 1997
STS de 21 de marzo de 1997
STS de 5 febrero de 1998
STS de 27 de abril de 1999
STS de 17 de diciembre de 1999
STS 995/2000, de 30 de junio
STS de 11 de mayo de 2001
STS de 22 de octubre de 2002
STS 837/2003, de 30 de mayo
STS de 29 de septiembre de 2003
STS 1390/2004, de 22 de noviembre
STS de 24 de noviembre de 2004

STS 372/2005, de 17 de marzo
STS de 27 de diciembre de 2006
STS de 21 de enero de 2010
STS 208/2010, de 18 de marzo
STS de 21 de junio de 2011
STS de 17 de septiembre de 2013
STS 270/2016, de 5 de abril
STS 420/2016, de 18 de mayo
STS 953/2016, de 16 de noviembre
STS 955/2016, de 16 de noviembre
STS 1084/2016, de 21 de diciembre
STS 1099/2016, de 21 de diciembre
STS 348/2017, de 17 de mayo
STS 84/2017, de 24 de enero
STS de 19 de diciembre de 2017
STS 84/2018, de 24 de enero
STS 144/2018, de 22 de marzo
STS 162/2019, de 26 de marzo
STS 396/2019, de 24 de julio
STS 2636/2020, de 23 de julio

Sentencias de otros órganos jurisdiccionales españoles

STSJ de Galicia de 9 de febrero de 1995
STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de febrero de 2000
STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de junio de 2001
SAP de Huelva 168/2006, de 28 de junio

SAP de Vizcaya 206/2009, de 27 de marzo
SAP de Lugo 41/2010, de 29 de marzo
STSJ de Islas Canarias 694/2013, de 26 de abril
STSJ del País Vasco 1968/2015, de 20 de octubre
STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2014
STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2016
STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2016
STSJ de Madrid de 18 octubre de 2016
STSJ de Madrid 621/2017, de 23 de junio
STSJ de Madrid 428/2019, de 22 de abril
SAP de Barcelona 283/2019, de 28 de mayo