

**INFORME SOBRE LA NECESIDAD Y OPORTUNIDAD
DE LA RATIFICACIÓN POR ESPAÑA DE LA CON-
VENCIÓN INTERNACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN
DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1990 SOBRE LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS
TRABAJADORES MIGRATORIOS**



DIM
Catalunya

**INFORME SOBRE LA NECESIDAD
Y OPORTUNIDAD DE LA RATIFICACIÓN
POR ESPAÑA DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL
DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1990
SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS**

Javier de Lucas
Consuelo Ramón
Angeles Solanes
Instituto de Derechos Humanos
Universitat de Valencia



con el apoyo de:



Generalitat de Catalunya
Departament d'Acció Social i Ciutadania
Secretaria per a la Immigració

INFORME SOBRE LA NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA RATIFICACIÓN POR ESPAÑA DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1990 SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS

- I. Presentación. Sobre el marco internacional de derechos humanos de los inmigrantes. [Pag. 4](#)
- II. La compatibilidad entre la convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares y la ley de extranjería (Lodyle).
 - II.1. Puntos de conexión entre la Convención y la LODYLE. [Pag. 7](#)
 - II.2. Derechos de los trabajadores migratorios y sus familias con independencia de su situación administrativa. [Pag. 9](#)
 - II.3. Derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares documentados o en situación irregular. [Pag. 26](#)
- III. Sobre la oportunidad de la ratificación por España de la convención de la ONU de 1990. [Pag. 32](#)

I. PRESENTACIÓN. SOBRE EL MARCO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE LOS INMIGRANTES.

En diferentes ocasiones, el Gobierno de España ha proclamado su decidida voluntad de ajustar su acción interna e internacional a la primacía de los derechos humanos y en particular al sostenimiento del liderazgo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a este respecto. Pero esos principios parecen chocar con consideraciones pragmáticas en el ámbito específico de la gestión del fenómeno migratorio en el que, además, se aduce, nuestro país viene especialmente vinculado por las decisiones de la Unión Europea en la materia.

Recordemos que, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, el standard internacional de derechos humanos de los inmigrantes viene definido por tres instrumentos jurídicos: en primer lugar, la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familias, adoptada por la resolución de la Asamblea General 45/158 de 18 de diciembre de 1990, y en vigor desde el 1 de julio de 2003. Y, junto a ella, dos Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Convención número 97 de 1949 (revisada) sobre los trabajadores inmigrantes y la Convención número 143 de 1975 sobre los trabajadores inmigrantes, con sus correspondientes recomendaciones números 86 de 1949 y 151 de 1975. De estas dos Convenciones, que constituyen el núcleo de lo que se define como marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales¹, la primera (nº 97) ha sido ratificada por España, pero no así la segunda (nº 143).

Pues bien, sin desconocer la relevancia del mencionado marco multilateral de la OIT, la contradicción a la que hacíamos referencia tiene un campo de prueba en lo que se refiere al más importante de esos instrumentos del standard internacional sobre la cuestión, la Convención de la Organización de las Naciones Unidas de 1990 pues, pese a las reiteradas peticiones formuladas por diferentes instituciones, tanto dentro del marco de la ONU como incluso en el ámbito europeo –significativamente el propio Parlamento europeo, por ejemplo, en su Resolución de 15 de enero de 2004-, ninguno de los Estados de la Unión

¹ Puede ser útil consultar al respecto el Documento de la OIT *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, Ginebra, OIT, 2007, que recoge en buena medida las recomendaciones adoptadas por la reunión tripartita de expertos celebrada en Ginebra en noviembre de 2005.

se ha mostrado dispuesto a la ratificación de ese instrumento de reconocimiento y garantía de derechos para los inmigrantes. Para justificar esa negativa se aducen diferentes argumentos, sea su carácter superfluo (porque los Estados miembros y la propia UE ya proporcionarían esas garantías en su régimen jurídico sobre los inmigrantes²), sea las contradicciones o incompatibilidades entre ese standard y las orientaciones de la política europea de inmigración³, o, más pragmáticamente, la imposibilidad de hacer frente a las implicaciones prácticas que dicha firma supondría para los Estados con un importante volumen de flujos migratorios, como sería el caso de España⁴.

En cualquier caso, insistimos, el hecho de que ningún país de la Unión haya ratificado hasta el momento la Convención⁵ obliga a plantearse las razones de esta posición que, en principio, parece difícilmente compatible con la proclamada fidelidad de la UE y de sus Estados miembros al postulado de la defensa de los derechos humanos fundamentales y en particular, al carácter de adalid de los instrumentos internacionales e reconocimiento y garantía de esos derechos, también obviamente en materia de derechos de los inmigrantes.

La cuestión es si la UE y sus Estados miembros han escogido el pragmatismo que limita aquel compromiso, tal y como se desprendería de las orientaciones del incipiente derecho comunitario de inmigración, sobre todo a la luz de algunas decisiones particularmente relevantes como la adopción de la directiva de retorno aprobada por el Parlamento europeo el 18 de junio de 2008 y si, en ese marco, los Estados miembros –España- tienen buenos argumentos para no ratificar los instrumentos internacionales más garantistas,

² Por ejemplo se argumenta así, en la nota verbal de la representación española ante la ONU, emitida el 29 de enero de 2004 para criticar el informe de la Relatora especial sobre migraciones acerca de la situación de los inmigrantes en España (visita de septiembre de 2003) que mostraba su preocupación por la situación de los inmigrantes irregulares, los menores no acompañados e incidía en la situación de particular desamparo o vulnerabilidad de los inmigrantes que trabajan en el servicio doméstico (cfr. E/CN.4/2004/76/Add.2), que puede encontrarse también en www.ohchr.org/spanish/index.htm. Es de notar que las conclusiones de la Relatora Pizarro se reiteraban en el informe de 7 de junio de 2004 del Comité DESC de la ONU (cfr. E/C.12/II/Add.99).

³ A ese respecto, suele argumentarse que la Convención supondría un marco extremadamente amplio respecto al ejercicio del reagrupamiento familiar y extiende indebidamente los derechos de los inmigrantes indocumentados o irregulares, constituyendo así un efecto llamada.

⁴ Paradójicamente así lo señalaba el Gobierno de España en 1999, según recogía la encuesta de la OIT sobre las prácticas de los Estados en la materia (cfr. parágrafo 639 del informe OIT 1999): las infraestructuras para luchar eficazmente contra la inmigración ilegal siguiendo las orientaciones de la Convención son costosas y el Gobierno de España prefiere asignar esos recursos a la integración de la inmigración regular. También opera como argumento en contra el que, tras ratificar la Convención, los Estados parte se someterían a un examen sobre las forma en que se implementa y sus incumplimientos quedarían así expuestos de forma flagrante ante la comunidad internacional.

⁵ En realidad, no la ha ratificado ningún país occidental receptor de inmigrantes, pese a que la mayoría de los trabajadores migratorios –más de 100 millones, de un total de 175 millones- viven en Europa y en los EE.UU. Tampoco lo han hecho otros países receptores como India, Japón, Australia, ni los Estados del Golfo.

como la Convención 143 de la OIT y la Convención de la ONU de 1990.

Lo que trataremos de analizar en este informe, referido al caso concreto español, habida cuenta de ese marco y sobre todo de las modificaciones legales de los últimos años y las llamadas de atención que suponen los recursos de inconstitucionalidad (algunos todavía pendientes de resolución) es, en primer lugar, la compatibilidad de los postulados de la Convención con la norma básica del Derecho español de extranjería⁶, para así poder argumentar, en segundo término, la necesidad y oportunidad de la ratificación de esa Convención⁷.

¿Por qué nos centramos en la compatibilidad? Reiteradamente se ha aducido que la Convención asegura derechos básicamente ya asumidos por el Estado Español por medio de otros textos internacionales. En realidad, como veremos a continuación, aun siendo destacable el carácter universal que persigue la Convención, los derechos que incorpora en buena medida se conciben desde una perspectiva minimalista (en relación a otras disposiciones internacionales) concretándolos en varias ocasiones con carácter facultativo y no imperativo para los Estados. Por eso entendemos que el núcleo de la argumentación radica en la compatibilidad entre la actual legislación española en la materia específica y la propia Convención internacional de 1990 (además de la Convención específica de la OIT, en particular la referida Convención 143). Es a ello a lo que dedicaremos el contenido fundamental del informe.

⁶ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de noviembre, y por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en adelante LODYLE, (BOE núm. 10, de 12 de de enero de 2000; c.d.e BOE núm. 20, de 24 de enero de 2000. BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000; c.d.e. BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. BOE núm 279, de 21 de noviembre de 2003). Ésta última norma además reforma también otras leyes, entre ellas, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La LODYLE se desarrolla en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm 6, de 7 de enero de 2005; c.d.e BOE núm 130, de 1 de junio de 2005).

⁷ Conviene recordar que en la última legislatura con Gobierno del PP, el Grupo Parlamentario socialista, desde la oposición, presentó una proposición no de ley sobre la forma y ratificación de la Convención (BOFCD de 9 de diciembre de 2003, Serie D. Nº 636, pp.10-12. Con posterioridad, al comienzo de la pasada legislatura, se presentó otra proposición no de ley en el Parlament de Catalunya, conjuntamente por tres grupos parlamentarios, Socialista-Ciutadans pel Canvi, Esquerra Republicana de Catalunya e Iniciativa per Catalunya-Verds-Esquerra Alternativa (BOPC, nº 87, de 27 de julio de 2004, p.40), que fue aprobada, e instaba al Gobierno de España en idéntico sentido. En la presente legislatura, el grupo parlamentario de IU-ICV ha reiterado esa petición al Gobierno español mediante una nueva proposición no de ley.

II. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES Y LA LEY DE ESTRANJERÍA (LODYLE).

II.1. Puntos de conexión entre la Convención y la LODYLE

Tras la resolución de los recursos de inconstitucionalidad que tenía pendientes la primera modificación de la LO 4/2000, nos encontramos en un momento en el que el legislador español está llamado a realizar profundos cambios en el normativa básica de extranjería para incorporar las apreciaciones realizadas por el alto Tribunal. Por ello, ahora es una circunstancia idónea para entrar a valorar desde una perspectiva jurídica el impacto que la Convención provocaría sobre el conjunto del ordenamiento jurídico en general y sobre la ley de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en particular.

Como veremos a continuación los ejes de la normativa de extranjería española, con las matizaciones de constitucionalidad que señalaremos, son compatibles con los objetivos de la Convención y con las pretensiones, al menos las manifiestas, de la política española de inmigración articulada por el gobierno en los últimos años. Así este instrumento internacional pretende:

- 1- Incorporar el principio de no discriminación en el reconocimiento de los derechos.
- 2- Reconocer los derechos humanos de los trabajadores migratorios no documentados.
- 3- Conceder derechos adicionales (de carácter económico, social y cultural) a los trabajadores migratorios documentados.
- 4- Eliminar los movimientos ilegales.

En cuanto a la concreción de estos objetivos por parte del legislador nacional, los Estados parte de la Convención tienen un amplio margen de actuación, a parte de por la posibilidad de establecer reservas, por la disposición del artículo 79 en virtud del cual “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado parte a establecer los criterios que rijan la admisión de trabajadores migratorios y de sus familiares” de tal forma que la admisión de trabajadores migratorios así como la posibilidad de

regularizar a los indocumentados⁸ queda bajo el estricto control estatal.

Conviene comenzar destacando que la Convención no crea derechos nuevos para los inmigrantes, aunque sea cierto que el espíritu que la inspira dista de las estrictas políticas migratorias de carácter más bien defensivo y económico-utilitarista dominantes en el ámbito de la Unión Europea en los últimos años. Ciertamente la Convención nace con la voluntad de proteger a los trabajadores migratorios y sus familias, y aunque en determinados aspectos se aparte de lo reconocido por la actual normativa de extranjería española, la revisión obligada de ésta la acerca al plano de igualdad en el reconocimiento de derechos que la Convención postula.

El punto de partida en ambos casos es el principio de no discriminación en el reconocimiento de derechos a los extranjeros, con la sustancial diferencia de que mientras la LODYLE se refiere al principio de igualdad (artículo 3) como criterio general interpretativo y a la prohibición de actos discriminatorios (artículo 23) catalogando algunos solo para los extranjeros que se encuentren legalmente en España, la Convención no hace esa diferenciación.

La Convención enuncia (artículos 1 y 7) los denominados “motivos malditos” en base a las cuales no es posible realizar distinción entre los que se cita la “nacionalidad” que es precisamente el pilar sobre el que se asienta las tradicionales diferenciaciones de las normativas de extranjería, si bien expresamente señala “salvo cuando en ella (en la propia Convención) se disponga otra cosa”. Es decir, en este texto internacional, sí hay diferencias entre los distintos derechos de los trabajadores migrantes, de hecho la Convención dedica su parte III a los “Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, mientras que la parte IV se refiere a “Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación irregular”.

A estos efectos no todos los migrantes se consideran como trabajadores ni cualquier relación es catalogable como familiar. Por tanto, aunque se utilice la expresión “todos los trabajadores migratorios” no es siempre equiparable a todas las personas. A partir de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención se considera “trabajador migratorio” a quien esté, haya estado, o vaya a estar, sujeto a una actividad remunerada en un Estado del que no es

⁸ Sobre esta cuestión el artículo 35 insiste en que ninguna de las disposiciones de la parte III de la Convención, en la que se recogen los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, se interpretará en el sentido de implicar una regularización de la situación de los trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular.

nacional. Por tanto, si nunca ha existido dicho tipo de actividad el sujeto no es catalogable bajo el término de trabajador puesto que estamos ante una definición que aúna la movilidad propia del fenómeno migratorio con la realización de un trabajo aunque no sea en el ámbito formal. Así podremos diferenciar entre éstos, amparados por el ámbito de protección de la Convención, y otros extranjeros como los asilados, refugiados, apátridas, etcétera.

En cuanto a los “familiares” destinatarios también de las disposiciones de la Convención, el artículo 4 considera como tales a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, según el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio. Asimismo reconoce como tales a los hijos y personas a cargo del trabajador migratorio atendiendo también a la legislación estatal y a los acuerdos bilaterales o multilaterales que resulten aplicables según el Estado de que se trate.

Por tanto, es la legislación estatal la que concreta la noción exacta de familiares en cada caso, admitiendo o no en función del ordenamiento jurídico interno dentro del término familiares, por ejemplo, a las parejas de hecho. Por ello, podemos encontrarnos con tratamientos dispares en países diferentes que hayan ratificado la Convención, más si se tiene en cuenta la necesidad de atender, asimismo, a la ley personal del individuo.

II.2. Derechos de los trabajadores migratorios y sus familias con independencia de su situación administrativa

Con estas precisiones relativas a los trabajadores migratorios y a sus familiares, podemos abordar una de las cuestiones más controvertidas de la Convención: el reconocimiento de derechos a los trabajadores migratorios y sus familiares con independencia de su situación administrativa. Como advertíamos la parte III recoge un elenco de derechos que en caso de no ser reconocidos por nuestra normativa exigiría una modificación de la misma tras la hipotética ratificación de la Convención. A la luz de los recursos de inconstitucionalidad de la ley de extranjería las incompatibilidades entre una y otra norma se han reducido.

Así un número importante de derechos incluidos en este apartado ya han sido asumidos por España en virtud de otros textos internacionales.

Entre ellos: derecho a salir de cualquier Estado y a regresar al Estado de origen (artículo 8)⁹, derecho a la vida (artículo 9)¹⁰, derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 10)¹¹, derecho a no ser sometido a esclavitud (artículo 11)¹², derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 12)¹³, derecho de opinión (artículo 13)¹⁴, no sometimiento a injerencias arbitrarias o ilegales (artículo 14)¹⁵, derecho a no ser privados arbitrariamente de sus bienes (artículo 15)¹⁶, derecho a la libertad y la seguridad personales (artículo 16)¹⁷, derecho a la protección contra la confiscación no autorizada de documentos (artículo 21), derecho a no ser objeto de expulsión colectiva (artículo 22)¹⁸, derecho a recurrir a la protección de las autoridades consulares o diplomáticas (artículo 23), derecho a recibir atención médica urgente (artículo 28)¹⁹, derecho a tener un nombre, el registro de nacimiento y una nacionalidad (artículo 29)²⁰, respeto a la identidad cultural de los trabajadores migratorios (artículo 31)²¹, derecho a transferir sus ingresos

⁹ Vid. Artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12.2 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículos 2.2 y 3.2 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

¹⁰ Vid. Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, y artículo 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹¹ Vid. Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹² Vid. Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹³ Vid. Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁴ Vid. Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁵ Vid. Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

¹⁶ Vid. Artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁷ Vid. Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 5.1 y 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁸ Vid. Artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁹ Vid. Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

²⁰ Vid. Artículo 24.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 7 del Convenio de los Derechos del Niño.

²¹ Cfr. Artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 22 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

y ahorros (artículo 32), derecho a la obtención de información en un idioma que puedan entender (artículo 33).

Otros derechos tradicionalmente restringidos (y por ello especialmente controvertidos) para los extranjeros en situación irregular en el ámbito del ordenamiento jurídico interno, han sido ampliados por la jurisprudencia constitucional en la línea que la Convención propone, asegurando su reconocimiento también a los extranjeros en situación de irregularidad, entre ellos básicamente el derecho a la asistencia jurídica gratuita como vinculado a la tutela judicial efectiva, los denominados derechos de participación social, el derecho a la educación y también el derecho al trabajo en el sentido de no recibir un trato menos favorable que el de nacionales en lo relativo a las condiciones de trabajo y empleo o, más concretamente, el derecho a que la relación laboral surta efectos jurídicos aunque se desempeñe en el ámbito informal del mercado de trabajo.

En el caso de los inmigrantes en situación irregular la posibilidad de concurrir en condiciones de igualdad respecto a los nacionales en los tribunales y las cortes de justicia tal como señala el artículo 18 de la Convención²², ha ido unida (entre otras cuestiones) a la posibilidad de contar con asistencia jurídica, en su caso gratuita, para ello.

El artículo 18 de la Convención concreta la mencionada igualdad para los trabajadores migratorios y sus familiares en derechos como el de ser oídos públicamente ante un tribunal competente, independiente e imparcial, con todas las garantías del debido proceso entre las cuales expresamente menciona, en el apartado 3.b), la de disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa y comunicarse con un defensor de su elección y, en el 3. d), el derecho a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección así como el que se le nombre defensor de oficio si careciera de medios suficientes para pagarlo.

Respecto a este derecho tras la redacción dada por la LO 8/2000, el artículo 22 LODYLE reconocía la asistencia jurídica gratuita diferenciando claramente la situación administrativa del extranjero y limitando el derecho en función de la misma. Así los extranjeros residentes, según la disposición legal estaban equiparados a los españoles, mientras que los extranjeros que se encontraran en España (sin residencia) sólo eran titulares de este derecho

²² Vid. Artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Cfr. Artículos 20 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

en los procedimientos judiciales y administrativos que pudiesen llevar a la denegación de su entrada, su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. En ambos casos, el cumplimiento de los requisitos generales como el carecer de recursos económicos suficientes para litigar, en los términos legalmente establecidos al efecto, era preceptivo, al igual que ocurre para los españoles. Esta redacción legal estaba claramente en contradicción con las garantías de igualdad ante los tribunales postuladas por el artículo 18 de la Convención.

Sin embargo, esta distinción legal no puede seguir manteniéndose en la actualidad a tenor de lo señalado en la relevante sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo²³. En síntesis dicha sentencia declara incompatible la proclamación constitucional de los artículos 24 y 119, (cuando señalan que con objeto de asegurar a todas las personas el acceso a la tutela judicial efectiva, la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar), con la exigencia de residencia al extranjero, entendida en términos de regularidad, como condición para obtener el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

El alto Tribunal recuerda que las sentencias 107/1984 y 99/1985 ya establecieron que los extranjeros son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a ser asistido de abogado y, si no se dispone de medios suficientes, a que se designe uno de oficio, incluso en los supuestos en los que no es preceptiva la intervención de letrado si ésta resulta necesaria para garantizar la defensa real de los intereses en juego o en atención a las características del caso. Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen, a su vez, la obligación de lograr una defensa letrada efectiva, no quedando ésta satisfecha con el nombramiento de abogado de oficio, pues la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 6.1 se sirve del término “asistencia” de contenido más amplio que el mero “nombramiento”.

Una de las cuestiones más relevantes que concreta la mencionada sentencia es la relación instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva. Para aquellos sujetos que carecen de recursos económicos para litigar, como puede ser el caso de los

²³Esta sentencia se dictó como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad 1555/1996, interpuesto por el Defensor del Pueblo contra el inciso del artículo 2 a) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que condicionaba el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, nacionales de terceros países, en los procesos civiles y en los contencioso-administrativos, (no relativos a la petición de asilo), a la exigencia de la residencia legal en España junto al requisito de carecer de recursos económicos para litigar.

extranjeros en situación irregular, es vital la vinculación entre ambos derechos. El derecho a la justicia gratuita es un derecho prestacional de configuración legal, cuyo contenido y condiciones de ejercicio corresponde al legislador, pero la libertad del legislador se detiene ante la exigencia de que el derecho se reconocerá en todo caso “respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”, que es así un contenido constitucional indisponible.

Por lo que se refiere a los titulares del derecho, el Tribunal Constitucional en la sentencia de 2003 reitera que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso sin dejar de atender sus necesidades vitales o las de su familia, es decir, quienes se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar. Si el legislador priva del derecho a la justicia gratuita a un grupo de personas físicas que reúnen las condiciones económicas previstas para acceder al derecho con carácter general, está lesionando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta interpretación resulta totalmente acorde con las garantías que al respecto proclama la Convención.

En esta línea de interpretación garantista del derecho de asistencia jurídica para los extranjeros, insistió el informe del Defensor del Pueblo de 2005 al analizar el respeto y garantía del mismo en supuestos como el de denegación de entrada, devolución, expulsión, internamiento, o asilo, y establecer una conjunto de recomendaciones a la Administración y de reglas de buenas prácticas para el ejercicio profesional.

En idéntico sentido se ha pronunciado la STC 236/2007, de 7 de noviembre y las sucesivas relativas a los recursos de inconstitucionalidad de la LO 8/2000²⁴ que la ratifican. En la misma el Tribunal Constitucional ha apreciado la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 22.2 de la LO 4/2000, tras la redacción dada por la LO 8/2000. Dicha sentencia, en el contexto ya argumentado, considera inconstitucional la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la

²⁴ - STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 10 diciembre de 2007.

- STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1640-2001. Interpuesto por la Junta de Andalucía respecto de los preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.

precisa legitimación, por ser ello contrario al artículo 24 CE²⁵. Se sitúa así en un nivel de reconocimiento del derecho semejante al que propone la Convención.

De acuerdo con lo señalado, el marco de este derecho en nuestro ordenamiento, aplicable también con carácter general a los extranjeros, es la ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se reforma la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que introduce importantes modificaciones. Dicha norma adapta el ordenamiento jurídico español a las disposiciones de la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. Así la reforma de 2005 establece que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita, en los términos que establezcan la ley y los tratados internacionales sobre la materia en los que España sea parte, los ciudadanos españoles, los

-
- STC 260/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1644-2001. Interpuesto por el Parlamento Vasco respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.
 - STC 261/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1668-2001. Interpuesto por sesenta y cuatro Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.
 - STC 262/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1669-2001. Interpuesto por la Junta de Castilla-La Mancha respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.
 - STC 263/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1671-2001. Interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.
 - STC 264/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1677-2001. Interpuesto por la Junta de Extremadura respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.
 - STC 265/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1679-2001. Interpuesto por el Principado de Asturias respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.

²⁵ Así en el fundamento jurídico 13º de la STC 236/2007 se afirma: “La aplicación de esta jurisprudencia (STC 95/2003) al enjuiciamiento del artículo 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, modificado por la Ley aquí impugnada, lleva directamente a apreciar su inconstitucionalidad. En efecto, el apartado 1 del artículo 22 concede a ‘los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos económicos suficientes (...)’ el derecho a la asistencia jurídica gratuita ‘en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo’. Por su parte, el apartado 2 del artículo 22, aquí impugnado, reserva a los ‘extranjeros residentes’ el derecho a la asistencia jurídica gratuita ‘en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan’. Ello supone la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación, lo cual resulta inconstitucional por las razones expuestas”. “En consecuencia, debemos declarar la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 22 (antes 20) de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el punto 16 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, por ser contrario al artículo 24 CE”.

nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de medios para litigar. Este último inciso es especialmente relevante en el caso de garantizar el derecho en cuestión a los inmigrantes sin distinción por su situación administrativa.

Por tanto, en la actualidad, en el ordenamiento jurídico español, en principio, los únicos requisitos que se le pueden exigir a un extranjero para la concesión del beneficio de la asistencia jurídica gratuita, son los mismos que la norma contempla para los nacionales. Así, aplicando el artículo 3 de la Ley 1/1996, modificada por la Ley 16/2005, se tendrá en cuenta que los recursos e ingresos computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no sobrepasen el doble del salario mínimo interprofesional que esté vigente en el momento de efectuar la solicitud, aunque existen supuestos excepcionales. En todo caso, estas disposiciones se acercan a la igualdad material que propone la Convención, también para los inmigrantes en situación irregular.

Por lo que refiere a los derechos de participación social, la Convención en su artículo 26²⁶ recoge para todos los trabajadores migratorios y sus familiares el derechos a participar en reuniones y actividades de los sindicatos o cualesquiera asociaciones, afiliarse libremente a cualquier sindicato o asociación, solicitar de éstos ayuda y asistencia, con las restricciones previstas por la ley por cuestiones de seguridad y orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

A nivel estatal la LO 4/2000 había reconocido a todas las personas extranjeras derechos como el de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, si bien con la reforma introducida por LO 8/2000 se limitó el ejercicio de tales derechos a aquellas personas extranjeras que obtuvieran autorización de estancia y residencia. Con relación a estos derechos la actual normativa (en los artículos 7, 8 y 11 LODYLE) señala que los extranjeros los tendrán conforme a las leyes que los regulan para las españoles pero que sólo “podrán ejercer (el derecho de que se trate) cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

Estos preceptos han de ser considerados inconstitucionales y el legislador está emplazado a modificarlos de acuerdo con lo establecido en la

²⁶ Vid. Artículos 20 y 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, y artículos 12 y 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

reiterada sentencia 236/2007. A propósito de la misma, respecto a cada uno de estos derechos, conviene destacar:

1- En cuanto al derecho de reunión dicha sentencia puntualiza que la definición constitucional del mismo realizada por la jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre. El ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el artículo 10 CE, son el fundamento del orden político y de la paz social. En este contexto el legislador orgánico está habilitado para fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete el contenido constitucional del mismo. Sin embargo, lo que ha hecho dicho legislador con el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 4/2000, tras la LO 8/2000, no es una modulación del derecho de reunión, si no que ha establecido condiciones que anulan la posibilidad de ejercerlo por parte de los extranjeros que no dispongan de autorización de estancia o residencia en España, por ello declara la inconstitucionalidad del precepto²⁷.

2- El derecho de asociación se vincula en la sentencia a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, al entender 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. De la Constitución y los tratados internacionales puede extraerse la “proyección universal”, por tanto, no es constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Es posible fijar legalmente límites siempre que se respete el contenido constitucionalmente declarado²⁸.

De ahí que se establezca la inconstitucionalidad del artículo 8.1 de la LO 4/2000, tras la reforma de la LO 8/2000, puesto que, como en el caso anterior, excluye cualquier ejercicio de este derecho por parte de los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia en España, vulnerando el artículo 22 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.2 CE.

²⁷ STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 6º.

²⁸ STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 7º.

3- Por lo que se refiere a la libertad sindical la sentencia mantiene que la concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental. Por ello, puede reconocerse la libertad de sindicarse a los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, quienes pueden afiliarse a los Sindicatos españoles para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma. De todos modos, persiste la posibilidad, para el legislador, de fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre que respete el contenido constitucional²⁹.

Por ello declara inconstitucional el artículo 11.1 de la LO 4/2000, tras la redacción dada por la LO 8/2000, en lo relativo al derecho a sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de estos preceptos, pero no la nulidad (como en el caso del derecho a la educación de naturaleza no obligatoria o la asistencia jurídica gratuita). Así remite la concreción de tales derechos al legislador dejando claro que es el habilitado para hacerlo y que en todo caso, estamos ante un supuesto de modulación legal³⁰. Son, por tanto, derechos predicables en este momento, en cuanto a la titularidad y el ejercicio, respecto de las personas en situación irregular, aunque quede pendiente la reforma legal que concrete las condiciones de ejercicio.

4- Una última referencia a la reciente jurisprudencia constitu-

²⁹ STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 9º.

³⁰ En opinión del Tribunal Constitucional: “En el presente caso no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad solo del inciso ‘y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España’, que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Como hemos razonado anteriormente, no corresponde a este Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquella que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Y ello sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad de aquellas condiciones, que corresponde a este Tribunal Constitucional”, STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 17º.

cional nos sirve para constatar el reconocimiento del derecho de huelga al conjunto de los extranjeros en España con independencia de su situación administrativa, en la misma línea que propone la Convención al instar la igualdad de trato con los nacionales. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007, de 10 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía respecto a diversos preceptos de la LO 8/2000, reitera la referencial STC 236/2007, y añade una nueva precisión de inconstitucionalidad.

En relación al derecho de huelga el recurso de inconstitucionalidad se centraba en la redacción dada al artículo 11.2 de la LO 4/2000, tras la LO 8/2000, que hacía depender la posibilidad de ejercer el derecho de huelga al hecho de que los extranjeros tuvieran autorización para trabajar. El Tribunal alude al contenido constitucionalmente declarado del derecho (artículos 10.2 y 28.2 CE), y establece una directa relación con el ejercicio de la libertad sindical (ya reconocido con carácter general por la STC 236/2007, como veíamos anteriormente). A partir de este nexo de Unión concreta varias consecuencias jurídicamente relevantes para el ejercicio del derecho por parte de los extranjeros³¹:

a) La titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, aunque el mismo puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implementación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga, como contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Por tanto, se reconoce el derecho de huelga, igual que el de libertad sindical, reforzando el carácter colectivo de ambos.

b) De la literalidad del artículo 28. 2 CE no puede deducirse una distinción en cuanto a los sujetos titulares del derecho, tampoco ésta se deriva del Real Decreto Ley 17/1997, de 4 de marzo, que lo reconoce de forma general a todos los trabajadores. Excluir totalmente del derecho de huelga a aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa al efecto, no es compatible con el reconocimiento que el mencionado artículo constitucional realiza del derecho de huelga, ni con la exigencias del artículo 8.1 c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En virtud de dicho precepto los Estados signatarios han de garantizar el ejercicio del derecho estableciendo una regulación que no lo impida a los trabajadores que prestan servicios retribuidos

por cuenta ajena aunque carezcan de los preceptivos permisos legales.

c) Por lo que se refiere al ámbito subjetivo del derecho de huelga, el Tribunal se remite a lo afirmado en relación al derecho de libertad sindical del trabajador extranjero³² que, desde el punto de vista material, con independencia de la situación de regularidad o irregularidad, incluye a todo aquel que preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona.

Por todo ello el requisito de situación de regularidad (“legalidad”) del extranjero para el ejercicio del derecho de huelga es declarado inconstitucional y nulo, suprimiendo el inciso del mencionado artículo 11. 2 LODYLE que señalaba “cuando están autorizados a trabajar”.

La incorporación al texto legal de todas las precisiones de inconstitucionalidad respecto a estos derechos de participación social hacen compatibles las disposiciones de la LODYLE con las de la Convención.

En cuanto al derecho a la educación el artículo 30 de la Convención³³ consagra el acceso de los hijos de los trabajadores migratorios al derecho fundamental a la educación, en condiciones de igualdad con los nacionales del Estado en cuestión. Además expresamente incide en la no limitación por la situación de irregularidad de sus padres o por la propia en el acceso a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas. Por lo que se refiere a la enseñanza de carácter obligatorio en España, para los menores inmigrantes, el reconocimiento y ejercicio del derecho a la educación no ha supuesto tradicionalmente un inconveniente con independencia de su situación administrativa, a diferencia de lo que ha ocurrido en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la educación no obligatoria.

Mientras la LO 4/2000 reconocía a todos los extranjeros el derecho a la educación gratuita y obligatoria así como a la no obligatoria en las mismas condiciones que las españolas, la LO 8/2000 limitó el reconocimiento del derecho de acceso a la enseñanza no obligatoria, en concisiones de igualdad con los españoles, a los residentes. En el primer caso, el de la educación gratuita y obligatoria, nos movemos en el ámbito del derecho/deber a la educación; mientras que el segundo, la no obligatoria, el acceso a la misma para españoles y residentes era opcional y legalmente imposible para extranjeros sin residencia.

³² STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 9º.

³³ Vid. Artículo 26 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, artículo 13 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sin embargo, la ya mencionada sentencia 236/2007 del Tribunal Constitucional, y con ella las que resuelven los sucesivos recursos de inconstitucionalidad, han dado un giro radical a la disposición legal al considerar inconstitucional y nula la exigencia de ser “residentes”, contenida en el artículo 9.3 LODYLE, para el acceso a dicho tipo de educación. Los motivos esgrimidos por el Tribunal para avalar la inconstitucional evidencian argumentos de especial relevancia para predicar del conjunto de los extranjeros la garantía de estos derechos³⁴:

1- La vinculación entre el derecho a la educación y la dignidad humana: “dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para ‘establecer una sociedad democrática avanzada’, como reza el Preámbulo de nuestra Constitución”.

2- El reconocimiento del derecho a la educación en todas sus dimensiones por el hecho de ser persona, más allá de la nacionalidad, puesto que, el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 CE corresponde a ‘todos’, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Además a la luz de textos internacionales, como el artículo 1 CEDH, que se refiere ‘a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante’, puede entenderse que este derecho es ampliable a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular.

3- La garantía del derecho a la educación de naturaleza no obligatoria a todos los extranjeros en España no es compatible con las limitaciones legales derivadas de la LO 8/2000: “El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor”.

Por todo ello, se declara inconstitucional y nulo el inciso “residentes” del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, tras la redacción dada por la LO 8/2000³⁵.

Por lo que se refiere al acceso al sistema de educación infantil, con carácter voluntario, al no pronunciarse el artículo 9.2 LODYLE expresamente sobre los beneficiarios de la misma, puede entenderse como una especificación del apartado anterior de dicho precepto interpretando, por tanto, que todos los menores que se encuentren en España tienen el derecho de acceso a la educación infantil, sin que se mencione en relación al mismo el régimen de gratuidad o la posibilidad de acceso a becas o ayudas.

En cualquier caso, para el efectivo ejercicio y disfrute en la dimensión práctica del derecho de educación, en las mismas condiciones que las menores nacionales, es preceptiva la inscripción padronal, con la finalidad de que se le asigne un centro escolar. En este punto, adquieren especial significación las modificaciones relativas al padrón que fueron introducidas por la LO 14/2003, y que al habilitar el acceso de la policía a los datos padronales así como el intercambio de éstos entre las distintas administraciones pueden desincentivar la inscripción imprescindible para posibilitar el ejercicio de derechos como el de la educación, entre otros. Debe quedar claro, en todo caso, que ello no supone, como ya se ha señalado, la exigencia de regularidad en la residencia para el reconocimiento del derecho.

Finalmente, el artículo 9.4 LODYLE en relación a la integración social solo concreta que los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes (no los irregulares) que lo necesiten puedan recibir una enseñanza, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural, para facilitar dicha integración social.

La importante revisión a la que ha sido sometido el derecho a la educación de los extranjeros, en concreto en su dimensión no obligatoria, hace que la LODYLE resulte más acorde a los postulados de la convención, sin que la concreción del derecho en cuestión sea más amplia en la norma internacional que en el interna.

Por otra parte, el artículo 25 de la Convención reconoce el derecho a gozar de un trato no menos favorable al que reciben los nacionales en lo relativo a las condiciones de trabajo y empleo³⁶. En conexión con éste, el

³⁵ STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 8º, in fine y fallo.

³⁶ Vid. Artículo 23.1, 2 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Cfr. Artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

artículo 27 de la Convención en relación a la seguridad social señala que en el Estado de empleo los trabajadores migratorios gozarán del mismo trato que los nacionales siempre que cumplan los requisitos previstos en la legislación del mismo o en los tratados bilaterales o multilaterales que sean aplicables. Ciertamente, como anunciábamos anteriormente, este tipo de preceptos están pensado para posibilitar dos de los objetivos de la Convención: incorporar el principio de no discriminación en el reconocimiento de los derechos e intentar eliminar los movimientos ilegales, sin que el segundo se interprete como un menoscabo del primero.

En general lo que la Convención pretende es que la inmigración irregular no resulte atractiva, por comparación a la regular, ni desde el punto de vista económico ni desde el administrativo. En igualdad de derechos, aunque no plena, la situación de irregularidad del trabajador deja de ser rentable para las empresas que intentan obtener beneficios a través de mano de obra ilegal y en el ejercicio de una competencia desleal.

La posibilidad de que el inmigrante en situación irregular goce de un estatuto jurídico laboral mínimo en la línea que señala la Convención, no obligaría a una total reformulación de nuestra actual normativa de extranjería al respecto. Aunque parece una contradicción en los términos en la medida en que una persona que se encuentra en situación administrativa de irregularidad, en principio, no podría ser titular de un contrato de trabajo puesto que, jurídicamente, no está habilitado para desempeñar ningún empleo por carecer de la autorización preceptiva al efecto, lo cierto es que la normativa española ya ampara a este extranjero.

El innovador efecto del artículo 36.3 LODYLE que reconoce la validez legal del contrato de trabajo y de sus prestaciones para los extranjeros que se encuentren en situación irregular viene a suponer el reconocimiento de un estatuto jurídico mínimo para dicho inmigrante, subordinado en este caso a su condición de trabajador aunque sea en el ámbito informal del mercado de trabajo, que se completa, como hemos, con el reconocimiento jurisprudencial de derechos de participación que también la Convención contempla.

Para los extranjeros irregulares, la regla general a la luz del mencionado precepto legal es la validez del contrato de trabajo, superando así las anteriores interpretaciones que consideraban dicha relación, a efectos jurídicos, nula de pleno derecho. Como está ocurriendo en otros supuestos, la

jurisprudencia en este caso ha asumido un importante papel corrector y garantista de los derechos de los extranjeros. Así quedó sentado, por ejemplo, en la sentencia dictada en unificación de la doctrina por el Tribunal Supremo el 9 de junio de 2003, en la que reconoció un accidente de trabajo de un extranjero en situación irregular, admitiendo la plena validez del contrato de trabajo, y la aplicación y extensión de las distintas coberturas, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario desde el ámbito de la Seguridad Social.

Considerando válido el contrato de trabajo, el inmigrante en situación de irregularidad ve reconocidos distintos derechos y prestaciones. En cuanto a la Seguridad Social, el extranjero tendrá derecho a todas las prestaciones derivadas del trabajo (como propone la Convención), teniendo en cuenta además la acción protectora del artículo 38.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Por lo que se refiere a supuestos específicos podemos al menos mencionar:

a) Ante los accidentes de trabajo y enfermedad profesional, la tendencia jurisprudencial es la de reconocer la protección absoluta del extranjero.

b) En el caso de las prestaciones por desempleo, parecen existir dos tratamientos diferenciados según acudamos al orden contencioso-administrativo, en el que la obligación de cotizar en supuestos de trabajo en situación irregular es abordada de forma favorable por la jurisprudencia, o en el ámbito social, que ha generado tradicionalmente la conclusión contraria.

c) En cuanto a las prestaciones no contributivas, en prestaciones por hijo a cargo o jubilación, en principio dichas prestaciones no han sido reconocidas a los extranjeros en situación irregular, si bien importantes sentencias dictadas para la unificación de la doctrina como la del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003 admiten el desempleo asistencial, mientras que en el caso de la prestación de jubilación en su modalidad no contributiva persiste el problema del cómputo si se atiende a la literalidad del artículo 31 LODYLE.

Dando validez al contrato se hace, por tanto, una distinción entre lo que serían las responsabilidades penales, administrativas y laborales del empresario por la contratación del extranjero en situación irregular, aunque no reviertan a favor de dicho extranjeros para regularizar su situación, y los efectos jurídicos del contrato de trabajo para el extranjero en forma de derechos. Ciertamente tiene que valorarse de un modo positivo el esfuerzo legislativo realizado para no descargar las mayores consecuencias de la relación laboral

informal sobre el trabajador como ocurría con anterioridad al 36.3 LODYLE.

En el tratamiento jurídico que va a recibir el inmigrante en situación irregular existen diferencias respecto a los regulares en la medida en que no se cumplan los requisitos legalmente establecidos. En cuanto a las sanciones aplicables directamente a las personas en situación irregular, no ya a sus empleadores, con el objetivo de combatirla, la LODYLE (en su artículo 53 a y b) contempla como infracción grave tanto la mera estancia irregular en territorio español como el encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo. Las infracciones graves, según el artículo 55 de la LODYLE, se sanciona con multa entre 301 y 6.000 euros. Todo ello no esté reñido con la defensa del derecho en cuestión que hace la Convención, mostrándose en todo caso respetuosa con las legislaciones nacionales.

Además la jurisprudencia ha insistido en la necesidad de interpretar la norma de extranjería acudiendo a criterios básicos de justicia como el principio de proporcionalidad. En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007 viene a ratificar la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que anuló la expulsión por estancia y trabajo irregulares³⁷.

La argumentación jurídica que mantiene el Tribunal Supremo para consolidar la sentencia impugnada, clarifica de modo ejemplar la interpretación que debe realizarse de la LODYLE en este punto. Así comienza por sostener que en los casos de “permanencia ilegal”, la Administración puede imponer como sanción la multa o la expulsión. Siendo la expulsión más grave y secundaria requiere una motivación específica, que ha de ser distinta o complementaria de la mera permanencia ilegal que, en principio, es castigada con multa. Por tanto, si se opta por sancionar con la expulsión, la Administración ha de especificar “cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y... cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y

³⁷ STS 9 de marzo de 2007, sala de lo contencioso, nº recurso 9887/2003. En este caso se impugna la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 10 de octubre de 2003, que anuló la resolución de la Delegación de Gobierno de Cantabria de 27 de noviembre de 2002, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 15 de abril de 2002, que decretaba la expulsión del territorio nacional de la recurrente, con prohibición de entrada durante tres años, por encontrarse en España desde hacía tres meses careciendo de documentación que autorizara su entrada y permanencia, y encontrarse trabajando sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa. La anulación de la resolución impugnada, estimando el recurso por parte del Tribunal Superior de Justicia se produjo aduciendo que las infracciones imputadas a la recurrente pueden ser sancionadas con multa en vez de con la expulsión, para la cual se exige una motivación específica que, en este caso, no se daba en los autos.

prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de la multa”³⁸.

Por tanto, la mera estancia irregular o la realización de una actividad laboral sin la autorización preceptiva, sin otros hechos negativos, no dan lugar por sí mismas a la sanción de expulsión, sino a la de multa, teniendo la Administración que motivar de forma expresa por qué acude a aquélla y no a ésta³⁹.

En general el conjunto de los derechos a los que nos hemos referido hasta aquí no comportan grandes innovaciones, sino una simple reiteración de los ya recogidos en otras disposiciones internacionales. La Convención básicamente enfatiza la necesidad de respeto a los derechos humanos de los trabajadores migratorios, que no por ser coincidentes con los reconocidos en otros instrumentos internacionales a las personas migrantes pueden considerarse garantizados. Sin embargo, en modo alguno, como hemos visto, supone una alteración sustancial de la capacidad del Estado para concretar medidas que, siendo respetuosas con los derechos humanos, están pensadas para combatir la inmigración irregular.

En este sentido, como ya señalamos, la parte de la Convención destinada a especificar los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, se cierra concretando que sus disposiciones no pueden entenderse como el derecho de los inmigrantes indocumentados a ser regularizados (artículo 35). Asimismo el artículo 34 de la Convención insiste en la obligación (general, por tanto también de los trabajadores irregulares) de cumplir las leyes y reglamentaciones tanto de los Estados de tránsito cuanto del Estado de empleo, incluyendo, obviamente y de forma primordial, la legislación de extranjería como norma primaria que regula su estatuto jurídico.

³⁸ Fundamento de derecho quinto (3º) STS 9 de marzo de 2007.

³⁹ Fundamento de derecho quinto (4º) STS 9 de marzo de 2007. Es así mismo relevante que la sentencia puntualice que de cara a la consideración de esos hechos negativos que pueden justificar el recurso a la expulsión, en lugar de la multa, la dedicación a actividades profesionales, como en este caso, la de “alterne”, no pueden suponer ninguna connotación desfavorable en cuanto a la gradación de la sanción, ya que, la jurisprudencia ha reiterado que se trata de una actividad lícita como medio de vida. Fundamento jurídico sexto. STS 9 de marzo de 2007.

II.3. Derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares documentados o en situación irregular.

La parte IV de la Convención, en los artículos 38 a 56, concreta los derechos de los trabajadores migratorios documentados y sus familiares. La mayoría de los derechos que se recogen en éstos reiteran los ya establecidos en algunos de los textos internacionales a los que nos hemos referido, así como en Convenios y Recomendaciones de la OIT, la Carta Social Europea y el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del trabajador migrante. Se insiste así en derechos ya proclamados como, por ejemplo, el de ser informado por el Estado de origen o el de empleo de las condiciones aplicables a la admisión, la estancia y las actividades que podrá realizar (artículo 36)⁴⁰, o la igualdad de trato respecto a los nacionales del Estado de empleo en el ejercicio de la actividad remunerada (artículo 54)⁴¹.

Entre los derechos que se reconocen en esta parte a los trabajadores en situación regular es necesario mencionar tres por su especial relevancia y alcance: el derecho a no ser expulsado en condiciones normales, el derecho de participación política y la referencia a la vida en familia.

Por lo que se refiere al primero, el artículo 56 de la Convención intenta dotar de seguridad jurídica a los trabajadores documentados insistiendo en un buen número de garantías en cuanto al procedimiento en caso de expulsión⁴². No se trata, por tanto, de imposibilitar ésta sino de asegurar que en caso que proceda la expulsión del extranjero las autoridades estatales tienen una libertad de actuación limitada por el respeto a criterios de equidad. Como mantiene el citado precepto solo por las razones concretadas en la legislación del Estado de empleo es posible proceder a la expulsión del extranjero documentado, sin que en ningún caso ésta pueda utilizarse como medio de privar al trabajador migrante o a sus familiares de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo.

En este sentido ya hemos señalado anteriormente, a propósito de los inmigrantes en situación irregular, que la expulsión es una sanción subsidiaria respecto a la multa debiendo en todo caso hacerse valer el argumento

⁴⁰ Vid. Artículo 2 del Convenio nº 97 de la OIT, artículo 19.1 de la Carta Social Europea, artículo 6.1 del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

⁴¹ Vid. Artículo 6.1 a) del Convenio 97 de la OIT, artículo 14.1 del Convenio nº 117 de la IOT, artículo 10 del Convenio 143 de la OIT, artículo 19. 4 de la Carta Social Europea, artículo 16 del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

⁴² Vid. Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1 del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales.

de la proporcionalidad. En mayor medida la normativa de extranjería española protege al extranjero regular frente a la posibilidad de expulsión salvo los supuestos legalmente tasados que la Convención no objeta. Asimismo, por ejemplo, la LODYLE en su artículo 56. 5 d) impide la expulsión de aquellos extranjeros que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional acaecidos en España, y los que reciban una prestación contributiva por desempleo o sean destinatarios de una prestación económica asistencial de carácter público con la finalidad de lograr su inserción o reinserción social o laboral. Este tipo de disposiciones se acercan a lo dispuesto en el mencionado artículo 56 in fine de la Convención.

Un segundo grupo de derechos, de entre los que se reconocen a los trabajadores migratorios documentados, a tener en cuenta ante un posible ratificación española de la Convención, es el relativo a la participación política. Sin duda, por el especial significado e implicación de este tipo de derechos, es interesante resaltar que la Convención no supone una alteración de la actual regulación jurídica en la medida en que persiste el respeto a las legislaciones nacionales.

Los artículos 40 a 42 de la Convención se ocupan de los derechos de participación en sentido amplio completando lo ya señalado respecto a la asociación y los sindicatos en la posibilidad de crearlos para la protección de sus intereses con los límites que establezca la legislación estatal atendiendo a la seguridad nacional, el orden público y los derechos y libertades de terceros⁴³.

Propiamente la participación política se concreta en el artículo 41 de la Convención reconociendo el derecho a participar en los asuntos públicos del Estado de origen así como el derecho a votar y ser elegido en éste. Por lo que se refiere al Estado de acogida, el artículo 42 de la Convención, invita a los Estados parte a establecer procedimientos e instituciones que permitan tener en cuenta las necesidades, aspiraciones y obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y sus familias, señalando la posibilidad de que puedan tener en esas instituciones sus representantes libremente elegidos. Ahora bien, en ningún caso la Convención cuestiona la soberanía del Estado a la hora de conceder, o no, el derecho al voto para los inmigrantes. Más bien al

⁴³ Vid. Artículo 6.1 a) ii) del Convenio nº 97 de la OIT, artículo 14 del Convenio nº 117 de la OIT artículo 19.4 b) de la Carta Social Europea, y artículo 28 del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

contrario, la literalidad del mencionado precepto es estrictamente soberanista en la medida en que tanto la consulta o la participación de los inmigrantes en las decisiones relativa a la vida y la administración de las comunidades locales, cuanto el disfrute de los derechos políticos en el Estado de empleo, van ligadas a las disposiciones de la legislación nacional, sin ulterior obligación para el Estado.

Por tanto, la Convención resulta plenamente compatible con la normativa de extranjería española actual que veta el derecho de sufragio de los inmigrantes al condicionarlo al criterio de reciprocidad. Así según lo establecido en el artículo 13.2 CE y a la concreción legal que del mismo realiza el artículo 6.1 LODYLE, los extranjeros residentes en España pueden ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad, según lo que se establezca por ley o tratado. Respecto a esta previsión es necesario hacer tres puntualizaciones:

1- La posibilidad constitucional de los extranjeros para acceder al derecho de sufragio activo y pasivo, se contempla como una salvedad a los derechos reconocidos en el artículo 23 CE, que concreta el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos⁴⁴.

2- La actual redacción constitucional es producto de la reforma operada en 1992 para reconocer derechos de sufragio “pasivo” en las elecciones municipales a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.

Precisamente con motivo de esta reforma que permitió encajar en el sistema constitucional el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos comunitarios en las elecciones locales, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre el artículo 13.2 CE. Más allá de la tesis clásica de exclusión del derecho al voto pero sin apostar por una interpretación propiamente inclusiva, el Tribunal combinó dos argumentos para ubicar en nuestro sistema y justificar dicho derecho de sufragio. Por una parte, señaló que las elecciones municipales deben ser consideradas como administrativas, de forma que la participación en las mismas, en este caso por parte de extranjeros,

⁴⁴ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tradicionalmente, ha sido clara al interpretar el artículo 23 CE relativo al derecho a participar en los asuntos públicos, señalando, por ejemplo, que “para que la participación regulada en una ley pueda considerarse como una concreta manifestación del artículo 23 de la Constitución es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular, que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente puede ser directamente ejercida por el pueblo, lo que permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, quedando fuera otros títulos participativos” (STC 119/1995, de 17 de julio, BOE de 22 de agosto de 1995). Además expresamente menciona y limita, el reconocimiento del derecho de sufragio al ámbito de las elecciones locales.

no supone propiamente una participación en órganos electivos con potestades unidas al ejercicio de la soberanía. Por otro lado, limitó la consideración de titulares del ejercicio de la soberanía a los órganos representativos a los que bien la Constitución o bien los Estatutos de Autonomía atribuyan potestades especiales solo aquellas unidas al ejercicio de la soberanía⁴⁵.

3- El artículo 6.1 LODYLE, únicamente alude al derecho de sufragio sin distinciones, por lo que, atendiendo a los mencionados preceptos constitucionales, debe entenderse que se refiere tanto al sufragio activo, en cuanto posibilidad de participar en los procesos electorales locales como votante, cuanto al sufragio pasivo, es decir, también como elegible.

No puede obviarse que la plena extensión de los derechos de participación a los extranjeros a partir de una construcción constitucional distinta de la actual obedece a una mera voluntad política que impulse dicha opción. Si ello es así, entre otras, existirían dos posibilidades: bien suprimir la exigencia de reciprocidad del artículo 13.2 CE; o bien suprimir el apartado segundo en su conjunto, en ambos casos el resultado final sería idéntico. La iniciativa puede venir tanto del Gobierno, cuanto de los Grupos Parlamentarios en el Congreso, en el Senado y de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, tal como ocurrió para poder ratificar el tratado de Maastricht, se debería acudir a la vía establecida en el artículo 167 de la Constitución, siendo la más viable y desde luego la más fácil para conseguir la modificación constitucional. Ahora bien, en este punto nada influye la ratificación de la Convención en la medida en que es respetuosa con la legislación nacional, y en ese sentido con la actual exclusión de que son objetos los inmigrantes en lo relativo a los derechos de participación política.

Mención especial requiere, asimismo, la referencia que el artículo 44 de la Convención⁴⁶ hace a la familia entendiéndola como “el grupo básico natural y fundamental de la sociedad” que como tal ha de ser protegido asegurando la protección de su unidad y facilitando la reunión de los trabajadores migratorios con su cónyuge o aquellas personas con las que se mantenga una relación equivalente, pudiendo los Estados de empleo considerar favorablemente el conceder el mismo a otros familiares.

Esta expresa mención solo del cónyuge o equivalente y la nula obligación de extender a determinados familiares la protección jurídica que se

⁴⁵ Declaración del Tribunal Constitucional nº 132.bis, Pleno, de 1 de julio de 1992.

⁴⁶ Vid. Artículos 7, 9 y 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

hace de la familia en la Convención resulta compatible con la actual regulación restrictiva de la reagrupación familiar que se realiza en la LODYLE.

El Tribunal Constitucional, en la ya mencionada sentencia 236/2007, ha insistido en que el derecho a la vida familiar no se reconoce en nuestra Constitución en los términos en que ha sido interpretado el artículo 8.1 CEDH⁴⁷ por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que tampoco existe un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues uno y otro (vida en familia y reagrupación familiar) no forman parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el artículo 18.1 CE⁴⁸.

Nuestra propuesta está en línea con lo que ha argumentado hasta la saciedad el Comité para la ratificación de la Convención, convocado en Ginebra por la ONG Migrants Rights International, que lanzó la campaña para la ratificación en 1998, y del que forman parte 14 organizaciones internacionales, agencias de la ONU (como la OIM), sindicatos y ONGs⁴⁹. La Convención no es un desideratum, una propuesta utópica, un brindis al sol de carácter irresponsable. Muy al contrario, como se ha señalado, es un esfuerzo para insistir en un mensaje absolutamente básico y por ello imprescindible, más aún en el contexto del proceso de globalización. Es el mensaje del imperio de la ley y del Estado de Derecho, y sobre todo, de la defensa de esos principios básicos en lo que toca a los derechos humanos de las personas que pertenecen a los grupos más indefensos, más vulnerables, los más expuestos a los abusos y violaciones de los derechos, como es el caso de los inmigrantes y aún más de los indocumentados, de los irregulares. Su falta de adecuación a la legalidad administrativa no puede ni debe ser argumento para desproverlos de derechos, y desde luego no de los derechos humanos fundamentales. Sin duda, hay que adoptar medidas eficaces para regular los movimientos migratorios y para combatir la inmigración ilegal, el tráfico y explotación de los inmigrantes. Pero lo uno no

⁴⁷ Artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha deducido de este precepto un derecho a la vida familiar que incluiría el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996, § 52). De todos modos no ha llegado a deducir de forma explícita, de dicho precepto, un derecho a la reagrupación familiar (SSTEDH caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996, § 67; caso Gül, de 19 de febrero de 1996, §§ 39-43) que en todo caso solo sería eficaz si, por impedimento legal o fáctico, la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar (STEDH caso Sen, de 21 de diciembre de 2001 §§ 24-48). Este Tribunal sí que ha reconocido que dicho artículo 8.1 CEDH puede suponer un límite a la aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego (STEDH caso Dalia, de 19 de febrero de 1988 §§ 39-45, 52-54).

⁴⁸ STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 11º.

⁴⁹ De su Comité directivo forman parte el Alto Comisionado de la ONU para los derechos humanos, la OIT y la UNESCO.

impide lo otro. Más aún, la legitimidad y la eficacia en ese último objetivo pasa por el respeto cuidadoso del mínimo standard que la Convención supone, en relación sobre todo con los inmigrantes indocumentados, irregulares.

Ratificar la Convención no es incompatible con nuestro Derecho vigente en materia de inmigración. No supone una extralimitación o radicalización ingenuamente progresista, sino una decisión de coherencia. La Convención, como hemos tratado de exponer, no supone un riesgo de extensión indebida de derechos a los indocumentados, ni implica un efecto llamada. Con esa decisión, el Estado español enviaría un inequívoco mensaje de claridad y de conformidad con el principio básico –mínimo- de la legalidad internacional, pues, como han señalado la mayor parte de los especialistas que se ocupan del Derecho internacional de migraciones (por ejemplo, los trabajos de los profesores Álvarez, Aguelo, Checa, Roderá y Rojo) que tenemos en cuenta en este informe, significa apostar por la seguridad jurídica, por eliminar el atentado más grueso contra los derechos humanos de los inmigrantes, el de sostener condiciones de vulnerabilidad, incertidumbre y arbitrariedad en orden al reconocimiento, respeto y aplicación de los derechos humanos fundamentales.

III. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE LA RATIFICACIÓN POR ESPAÑA DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU DE 1990.

De lo visto hasta aquí se deduce el estatuto jurídico de mínimos que la Convención supone, tanto respecto a las obligaciones internacionales ya asumidas por España con otros textos internacionales, cuanto a las impuestas al legislador nacional a través de la revisión llevada a cabo en la resolución de los recursos de inconstitucionalidad de la ley de extranjería. Por eso entendemos que en particular tras las Sentencias del tribunal Constitucional y ante la necesidad de reformar el marco jurídico que supone la LODYLE, una tarea que se prevé abordar al comienzo de esta legislatura (quizá antes del final de 2008), es éste un momento idóneo para hacer coincidir esa obligada reforma de la ley de extranjería que la adecue al marco constitucional, con la ratificación de la Convención como instrumento garantista de derechos que, en buena medida, ya existen en nuestro ordenamiento.

Desde la dimensión jurídica, el respeto a las disposiciones legales nacionales en la concreción de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares deja un amplio campo de acción para la ratificación, sin necesidad de reforma legal o con puntualizaciones mínimas.

El tradicional obstáculo esgrimido en relación al disfrute de derechos de participación social en el caso de los inmigrantes irregulares, ha sido salvado en el ordenamiento interno al considerar inconstitucional la exigencia de regularidad para el ejercicio de los mismos. Ciertamente, no es posible afirmar que la actual normativa de extranjería española sea plenamente respetuosa con los derechos que la Convención proclama, por ejemplo, en cuestiones tan sensible como el derecho a la libertad y seguridad personales (artículo 16) o la igualdad ante los tribunales y las cortes de justicia (artículo 18) donde todavía queda un largo camino que vaya del reconocimiento formal a la igualdad material. Sin embargo, a pesar de ello, en líneas generales, desde la dimensión jurídica, la norma nacional es compatible con las disposiciones de la Convención en la línea que progresivamente ha ido reconociendo la jurisprudencia estatal.

En el plano político, desde la coherencia histórica con propuestas ya presentadas por el grupo parlamentario que ahora ocupa el Gobierno, la ratificación de la Convención también sería deseable. En este sentido es interesante recordar, y hacer valer ahora, los argumentos esgrimidos en la

Proposición no de ley presentada al Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista relativa a la firma de la Convención en diciembre de 2003⁵⁰. En ella, tras la aprobación por la Comisión Permanente de Legislatura sobre la Unión Europea y de Actuaciones Exteriores, Cooperación y Solidaridad, de la Resolución 1850/VI del Parlamento de Cataluña en la que se instaba al consejo ejecutivo catalán a realizar las oportunas gestiones con el Gobierno para la ratificación de la Convención, se insistía en la necesidad de una regulación universal aplicable a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares. Las razones expuestas en dicha Proposición no de ley, continúan siendo plenamente aplicables en nuestros días debiendo insistir en la idea de que la contratación de trabajadores migratorios en situación irregular puede desalentarse si se reconocen más ampliamente sus derechos humanos. Asimismo la concesión de derechos adicionales (algunos reivindicados sistemáticamente por la jurisprudencia) a los trabajadores migratorios y a sus familiares en situación regular puede alentar a los inmigrantes a cumplir las leyes y procedimientos jurídicos establecidos por los Estados.

⁵⁰ 161/002374 Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, relativa a la firma y ratificación por España de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 636, de 09/12/2003. En 2004 el Parlament de Catalunya volvió a manifestarse a favor de la ratificación de la Convención instando al Gobierno a realizar las gestiones necesarias para la misma, vid. Proposición no de Ley presentada por parte del Grup Parlamentari socialista-Ciutadans pel Canvi, Esquerra Republicana de Catalunya e Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Alternativa, BOPC nº 87, 27 de julio de 2007, p. 40.

IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Aja, E y Arango, J., *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.

Alonso Pérez, F, *Régimen jurídico del extranjero en España. Comentarios, jurisprudencia, legislación y formularios*, Dykinson, Madrid, 2004.

Álvarez, A.,

- “Contenido jurídico de la convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990”, *Migraciones*, nº 5, pp. 121-160.

- “La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 2, 2003, pp. 9-51

Azcárraga, C., “Artículo 4. Derecho a la documentación”, Espulgues, C. (coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 109- 124.

Balaguer Callejón, F (coord.), *Compendio práctico sobre extranjería e inmigración*, Tecnos, Madrid, 2006.

Camós, I. y Rojo, E., “La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias”, *Migraciones*, nº 16, 2004, pp. 7-40.

De Lucas, J.,

- *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Icaria. Antrazyt, Barcelona, 2003.

- “Ciudadanía, Extranjería y Derechos”, Betegón, J., De Páramo, J. R, Laporta, F. J., y Prieto, L (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 379-407.

- “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, De Lucas, J. y Díez, L., *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 11-43.

Fernández Pérez, A. y Fernández Rozas, J. C., *Ley de Extranjería y legislación complementaria*, Tecnos, Madrid, 2006.

García Vázquez, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Goizueta Vértiz, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

López-Muñiz Goñi, M., *Nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2006.

Mendoza Navas, N. y Serrano García, J. M., (coords.), *Estudios sobre extranjería*, Bomarzo, Albacete, 2005.

Molina Navarrete, C., Esteban de la Rosa, G. y Arce Jiménez, E., *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004*, Ediciones Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.

Ortega, E., *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, Editorial Jurídica Europea de Derecho, Madrid, 2003.

Pérez, J., “De un status laboral mínimo para situaciones de migración irregular”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, marzo 2004, pp. 9-38.

Rodera, S., “Una hipotética reforma de la ley de extranjería acorde con el Derecho internacional”, en *Las fronteras de la ciudadanía en España y la UE. Actas de investigadores en inmigración y asilo*, Gerona, 2006.

Sánchez Jiménez, M. A., (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2005.

Santolaya Machetti, P. (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

Solanes, A., “¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal?: un análisis jurídico desde España”, *Migraciones Internacionales* 15, Vol. 4, núm. 4, Julio-Diciembre 2008.

Solanes, A. y Cardona, M. B., *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Trinidad, M. L. y Martín, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

VV. AA., *Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

VV. AA., *Inmigración y Extranjería. Régimen jurídico básico*, 2ª Edición, Colex, Madrid, 2008.



Las entidades integrantes de la Xarxa 18 de desembre-Catalunya son:
AMIC-UGT (Unión General de Trabajadores) Catalunya, ASMIN, Asociación de Vecinos por el Bienestar Ciudadano (AVBC), Asociación Salut i Família, Asociación Sociocultural Ibn Batuta, Campesinos Solidarios (Unió de Pagesos), Càritas Diocesana Barcelona, Casal Argentino en Barcelona, CITE-CONC (Comisión Obrera Nacional de Catalunya), Colegio de Abogados (Comisión Defensa Derechos Humanos), Comisión Catalana de Ayuda al Refugiado (CEAR), Consejo Municipal de la Inmigración de Barcelona, Diputación de Barcelona-Bienestar Social, Federación de Asociaciones Americanas en Catalunya (FASAMCAT), Institut de Drets Humans de Catalunya, MigraStudium, Portal de solidaridad OneWorld, Servicio Inmigración y Refugiados de Cruz Roja, SOS Racismo Catalunya.

con el apoyo de:



Generalitat de Catalunya
Departament d'Acció Social i Ciutadania
Secretaria per a la Immigració