

El derecho al trabajo y a la residencia de los extranjeros no comunitarios. La escasa protección de los pactos y convenios internacionales de derechos humanos

Celsa PICO LORENZO

I. INCIDENCIA COMUNITARIA

Con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica de Extranjería, de 1 de julio de 1985, se alzaron voces respecto a la restrictiva regulación del derecho de entrada y posterior ocupación laboral que la misma ofrecía a los ciudadanos procedentes de países ajenos a la Comunidad Económica Europea. Tal situación no es exclusiva de nuestro país, sino que responde a la idea común, hasta ahora establecida en todos los estados miembro de la CEE, de frenar el establecimiento de inmigrantes del Tercer Mundo, so excusa del alto grado de desempleo ya existente en los respectivos países.

No se está ante la situación acaecida al entrar en vigor el Tratado de Roma, en 1959, en que las tres cuartas partes de los trabajadores migrantes en la CEE eran originarios de Italia. La década de los ochenta ha supuesto para Italia el cambio de país emisor de emigrantes a estado receptor. Ha llegado a decirse que están instalados actualmente más de setecientos mil extranjeros. Idéntica situación se ha producido en España al descender, también en los ochenta, el saldo migratorio de forma drástica. El Ministerio del Interior, en 1989, informó que el número de extranjeros ilegales en nuestro país comprendía una cifra similar al de los instalados legalmente¹. Así pues, habría unos setecientos mil extranjeros residiendo en España, la mitad de los cuales carecería de permiso de todo tipo, residencia o trabajo. Sin embargo, no es fácil conocer el número exacto de los residentes ilegales. Organizaciones no gubernamentales que han denunciado la condición del inmigrante en España incrementan notoriamente su número².

Hasta la fecha no se vislumbra una acción conjunta de todos los miembros de la CEE tendente a hallar una solución justa a tal situación. Durante el año 1990, partiendo de los trabajos impulsados durante la presidencia española el año anterior, se ha acelerado el proyecto armonizador de una política común sólo en el ámbito del derecho de asilo. Se pretende que la unificación de las normas sobre con-

cesión de asilo evite demandas sucesivas, con resoluciones contradictorias. La concesión de asilo en un Estado miembro de la CEE será automáticamente válida en el resto. Sin embargo, tal encomiable labor, por otro lado de no gran incidencia real, no acaba de materializarse, pese a que cada vez que se reúne el Consejo Europeo se estime inminente.

La posición geográfica de España juega aquí un papel relevante. Era sabido que un alto porcentaje de la inmigración ilegal procedente de Africa, ya del Magreb ya de los países subsaharianos, con muchos de los cuales existe convenio de supresión de visado, utilizaba España como camino de paso hacia otros estados europeos. El papel de gendarme europeo exigido a España ha comportado la denuncia de tales convenios, con efectos a partir del 1 de marzo de 1991. Mientras esta inmigración sólo utilizaba España como camino de paso, antes de la integración en la CEE, los controles pudieron ser más laxos. Tras la adhesión a la CEE y el auge económico español, no sólo la normativa se ha endurecido, sino que también lo ha hecho la forma de llevarse a cabo. España debe realizar no sólo el control para frenar o impedir la estancia ilegal, y el consiguiente trabajo, en el territorio español, sino tomar medidas para evitar el desplazamiento ilegal hacia otro estado comunitario. Tales medidas pueden conllevar, en ocasiones, lesiones a la dignidad humana. No existe normativa pareja en los Estados miembro de la CEE, sino que cada autoridad nacional decide el tipo de medidas a utilizar para regular o combatir esta inmigración clandestina. Mientras España puede sancionar al inmigrante ilegal con la expulsión (art. 26.1.a) LOE), tras la incoación de un expediente administrativo en el que puede decretarse el internamiento no penitenciario, en Francia ha sido factible la imposición de una pena privativa de libertad de un mes a un año de prisión.

La sensibilidad comunitaria hacia esta cuestión crece, pero no se materializa salvo en las actuaciones del Parlamento Europeo. Mas la ausencia de carácter legislativo en sus resoluciones resta eficacia a las mismas. El Parlamento Europeo adoptó el 18

¹ Según informó *El País* del 20 de abril de 1989.

² En el documento de denuncia presentado en Madrid el 15 de marzo de 1989 por diez organizaciones no gubernamentales

respecto a la condición inmigrante en España contemplaban la presencia de 366.500 clandestinos

de noviembre de 1983 una resolución sobre el problema de los trabajadores migrantes, mostrándose inquieto por el incremento del racismo en todos los países de la Comunidad. Constató la ausencia de una política coherente y coordinada a nivel comunitario. Su invitación a la Comisión para hacer nuevas propuestas de Directiva para reglamentar los problemas en curso dio lugar a una comunicación de la Comisión titulada *Orientaciones para una política comunitaria de las migraciones*. Se transmitió al Consejo el 7 de marzo de 1985, planteándose la necesidad de la adhesión individual de cada Estado miembro de la CEE a la Convención Europea del Estatuto del Trabajador Migrante, e incluso la adhesión de la propia Comunidad. La propuesta de directiva para luchar contra el empleo ilegal no llegó a buen término.

Con el antecedente de la resolución parlamentaria de 16 de enero de 1986, sobre el ascenso del racismo y el fascismo en Europa³, se produjo el 11 de junio de 1986 una declaración común de las tres instituciones comunitarias: Parlamento Europeo, Consejo de Ministros y la Comisión, contra el racismo y la xenofobia. Se partió también de la resolución del Consejo de 16 de julio de 1985, cuya naturaleza de acto ausente de compromiso político pone de relieve la ausencia de consenso entre los representantes de los gobiernos de los Estados miembro de la Comunidad. Se intentó una política de concertación en el control de la admisión de trabajadores migrantes provenientes de países terceros por la vía de una decisión de la Comisión, de fecha 8 de julio de 1985, mas el Tribunal de Justicia de las Comunidades, al conocer, el 9 de julio de 1987, de los recursos de anulación interpuestos por seis Estados miembro contra la Comisión, contestando la competencia de la misma en esta materia, ha interpretado el Tratado de Roma en el sentido de limitar la concertación de la política social por esta vía.

Está lejos, en el momento actual, de producirse una unificación de políticas migratorias. Sólo existe, en cuanto a controles fronterizos el controvertido y discutido Acuerdo de Schengen, de 1985, firmado entre el Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa. En un momento significativo, como fue el de la suscripción del Acta Unica Europea, una de las declaraciones contenidas en el Acta final, al referirse a los artículos relativos a la consecución del mercado interior, establece que «nada de lo establecido en esas disposiciones afectara al derecho de los Estados miembro de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países».

En fecha reciente, el 10 de octubre de 1990, el

Parlamento Europeo aprobó una resolución en la que pide al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembro que «estudien pormenorizadamente» las 77 recomendaciones incluidas en el extenso informe elaborado por la Comisión Parlamentaria de Investigación sobre el Racismo y la Xenofobia en la Comunidad Europea tras su trabajo durante un año⁴. Las informaciones publicadas en la prensa, con ocasión de la discusión en el hemisiciclo, pusieron de relieve la polémica levantada entre todos los parlamentarios. Todos los grupos, salvo los de ultraderecha, coincidieron en la necesidad de potenciar la lucha contra el racismo firmada por las tres instituciones comunitarias en 1986. Es significativa la recomendación incitando a la elaboración de una Carta de los residentes europeos que elimine las discriminaciones a que están sometidos los inmigrantes de terceros países y la concesión del derecho al voto en las elecciones municipales. En nuestro marco legal no son difícilmente asumibles tales recomendaciones. Los derechos y libertades públicas a los extranjeros están garantizados en virtud del principio de no discriminación del artículo 14 CE que ampara por igual a nacionales y extranjeros. El derecho de sufragio activo está contemplado legalmente en el artículo 23.1. CE en relación 13.2, el artículo 176 de la LO del Régimen Electoral General, 5-1985, de 19 de junio, y el artículo 5.º de la Ley Orgánica de Extranjería, 7-1985, de 1 de julio, aunque todavía no se haya desarrollado.

2. NORMATIVA ESPAÑOLA

La cuestión de inconstitucionalidad planteada contra determinados artículos de la LOE resuelta por sentencia de 7 de julio de 1987 cuestiona aspectos del derecho de extranjería ajenos al acceso al empleo y a la residencia, en un sentido estricto. Centra su atención en el derecho de reunión, detención preventiva, disolución de asociaciones y expulsión del territorio nacional.

Con anterioridad a la promulgación de la LOE, bajo la vigencia de la normativa entonces en vigor⁵, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 107-84, de 23 de noviembre, sentó que «constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo» y que «la existencia de una legislación que, según la interpretación de los tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone, pues, a la Constitución». Si bien el supuesto se discutía en el marco de un recurso de amparo individual, y, por

³ Cfr. las conclusiones publicadas por el Parlamento Europeo de la «Comisión de Investigación del ascenso del fascismo y del racismo en Europa» P.E. diciembre 1985, 186 pp.

⁴ Cfr. las conclusiones y recomendaciones del Informe de la

Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia. Septiembre 1990. P.E. 141 205 def.

⁵ Véase Ley 118-69, de 30 de diciembre, BOE del 31 de diciembre y Orden Ministerial del 15 de enero de 1970, BOE del 26 de enero.

tanto, con efectos limitados a la parte interviniente, es importante la doctrina fijada. Hizo un distingo entre derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana...», como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles» y «que existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la CE según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); y existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

Así pues el derecho al trabajo del extranjero se integra en la categoría de los derechos no absolutos en contraposición a los derechos atribuidos a los individuos independientemente de su nacionalidad derivados de su carácter de persona humana garantizados por los Tratados y Pactos internacionales a los ciudadanos extranjeros en pie de igualdad con los nacionales (art. 13 CE en relación art. 10.2 CE).

Es significativo que en la sentencia, antes citada, del 7 de julio de 1987, al igual que en una anterior, la 93-85, del 30 de noviembre, el máximo intérprete de la Constitución haya señalado que el derecho a la tutela efectiva y, por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales son disfrutadas sin consideración de nacionalidad por españoles y extranjeros. Tal pronunciamiento es trascendente en orden a las amplias y discretivas facultades de los Ministerios del Interior y de Trabajo⁶ en el ámbito de la concesión de los permisos de trabajo y de residencia a fin de controlar las consiguientes expulsiones que pueden colocar al extranjero ante una cierta indefensión.

Siempre han existido, aunque fuera a través de circulares internas, orientaciones del Ministerio del Interior para el control de los extranjeros que pretendieran entrar en España sin la aparente calidad de turistas. La doctrina⁷ ha puesto de relieve las contradicciones en orden a fijar los objetivos de la nueva ordenación de la extranjería, pues al tiempo que determina una política selectiva al objeto de controlar el mercado nacional de trabajo y la delincuencia en el contexto de seguridad pública ha de practicar una «política de puertas abiertas» en razón a la acostumbrada avalancha turística de todos los años. Mas la incorporación a la Comunidad Europea ha propiciado no sólo un mayor desarrollo de las medidas, sino también su publicidad abandonando la práctica de «las órdenes comunicadas». Así la or-

den del Ministerio del Interior del 22 de febrero de 1989, publicada en el BOE del 6 de marzo, comporta un auténtico filtro sobre ciudadanos de países no miembros de la Comunidad Económica Europea⁸. Los nacionales de países extracomunitarios han de justificar, con independencia del tiempo de estancia previsto, billete de vuelta y un mínimo de 50.000 pesetas o su equivalente en divisas, o 5.000 pesetas diarias por cada día de estancia previsto. Este control de medios económicos suficientes implica una limitación a la entrada de nacionales del Tercer Mundo provocando el rechazo en frontera de un elevado número de personas que pretenden acceder a territorio español.

Hemos visto antes que la interpretación dada por el Tribunal Constitucional al artículo 13 de la Constitución, norma suprema que regula el contenido de los derechos de los extranjeros en España, comporta la equiparación de los derechos de los extranjeros en España con los españoles en el ámbito de las libertades públicas. Mas los derechos no inherentes a la persona humana, en virtud de los pactos internacionales, como el derecho a residir o trabajar en un país que no es el propio, es un derecho de configuración legal, actualmente limitado por voluntad del legislador en aras a las restricciones derivadas de la adhesión a la CEE.

El derecho a la tutela efectiva no está cercenado. La actuación administrativa en materia de denegaciones de permisos de trabajo, de residencia y expulsiones, es fiscalizable por los tribunales de justicia. De la múltiple jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de permisos de trabajo a extranjeros concedidos con arreglo a la normativa anterior a la Ley Orgánica de Extranjería es paradigma de una parte de la doctrina seguida por dicho tribunal la sentencia de 20 de noviembre de 1987 (RA 8227). Se afirma, siguiendo pronunciamientos anteriores, «que la facultad concedida por la legislación a la Administración para otorgar o denegar el permiso de trabajo, le exige motivar su resolución a la vista de los informes requeridos en la tramitación del expediente, toda vez que el juicio valorativo de la Administración no es puramente discrecional, sino fundado en conceptos indeterminados». Posición análoga está manteniendo a partir de la vigencia de la Ley de Extranjería. Dado que la posición habitual de la administración laboral es denegar las peticiones de permiso de trabajo transcribiendo, pura y simplemente, el apartado a) del inciso cuarto del artículo 37 del RD 1119-86, del 26 de mayo, que establece que podrán ser desestimados las solicitudes de concesión de permisos de trabajo cuando lo aconseje la situación nacional de empleo entiende el Tribunal Supremo (sentencias del 27 y 28 de febrero de 1990, RA

⁶ Cfr. Segarra Trias, E.: El derecho de extranjería en España. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987-1, pág. 139.

⁷ *Legislación básica sobre extranjeros*, prólogo del profesor Fernández Rozas. Edit. Tecnos, Madrid, 1987.

⁸ No constituye una disposición de escasa aplicación. Es ob-

servable el cumplimiento de las exigencias de la OM citada, en los aeropuertos en que arriban vuelos de países cuyos nacionales son estadísticamente más sensibles a la emigración ilegal y con los que no existe acuerdo de supresión de visado.

783 y 784) no se ha producido la motivación suficiente que permita al recurrente hacer defensa de sus derechos.

En esta labor de control judicial de la actuación administrativa es relevante el tema de la suspensión del acto administrativo. Así, en cuanto a la suspensión de la ejecución del acto denegatorio del permiso de trabajo, se aplica la doctrina general, perfectamente lógica, de la no suspensión de los actos negativos, pues «dada la naturaleza del acto impugnado, no surge del mismo la posibilidad de ejecución» (auto del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1989, RA 8746), pues «por vía de suspensión de la ejecución no puede establecerse una especie de permiso de trabajo transitorio» y, además «el eventual acto de expulsión tendría su propia identidad, pudiendo ser objeto del adecuado recurso, en el que podría solicitarse la suspensión».

En cuanto a la suspensión de la medida de expulsión de un ciudadano extranjero⁹, la posición jurisprudencial es divergente. Así se ha dicho que «si no viola el artículo 24 CE la ejecución inmediata de una sanción una vez finalizada la vía administrativa, con mayor razón ha de estimarse la falta de violación cuando, como en el caso, no se trata propiamente de una sanción, sino de restablecer la legalidad infringida por extranjera que, provista únicamente de visado ordinario para estancia de noventa días, continúa en España una vez rebasado dicho plazo, y a quien fue denegada la exención de visado para legalizar su situación (auto de 17 de septiembre de 1987, RA 6037), y en igual sentido el de 1 de septiembre de 1987, RA 7707. Posteriormente, en auto de 27 de octubre de 1989 (RA 9290) el Tribunal Supremo ha dicho «que la suspensión del cumplimiento de la orden de expulsión de un extranjero, por un tiempo que se supone breve, por su escasísima incidencia en el mercado de trabajo, si se tienen en cuenta las estadísticas que periódicamente se conocen, no puede ser catalogado como perjuicio grave para el interés general favorable a la suspensión». Este último pronunciamiento fue dictado en el marco de la Ley 62-78, de protección de los derechos fundamentales, en que la suspensión del acto administrativo objeto de impugnación es el principio básico, salvo que cause un perjuicio grave al interés general, mientras la anterior resolución se dictó en el ámbito ordinario de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa en que la suspensión constituye la excepción, artículo 122, salvo que la no suspensión produzca un perjuicio grave o irreparable al interés general. No obstante, en fecha mucho más reciente, el Tribunal Supremo rechaza los recursos de apela-

ción interpuestos por el letrado contra sendas suspensiones de expulsiones acordadas por los tribunales de instancia en el marco del proceso jurisdiccional ordinario. Así en el auto de 3 de abril de 1990 (RA 2853) sienta que «la ejecución de la decisión gubernativa recurrida —expulsión de la actora del territorio nacional— es susceptible de irrogar a aquella los daños o perjuicios de reparación imposible o difícil a que se refiere el artículo 122.2 de la LJCA, bastando al efecto ponderar cuantos necesariamente le causara el obligado cambio de residencia, de difícil evaluación económica, advirtiendo además que tales consecuencias dañosas o perjudiciales resultan conaturales y se producirían automáticamente con la ejecución material de la orden de expulsión». Mientras en el dictado el 4 de abril de 1990 (RA 2854) dice que «cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar aquella suspensión», por lo que «dada la naturaleza de la infracción por la que se decreta la expulsión del territorio nacional del recurrente, al haber éste realizado, según la Administración actividades laborales sin estar en posesión del correspondiente permiso de trabajo, y siendo evidente, por la propia naturaleza de ese acuerdo, que se podrían inferir perjuicios al recurrente no sólo reales, sino de muy difícil, aunque no imposible reparación, en tanto por sentencia firme, judicialmente, no se dilucide la legalidad de la medida adoptada por la Administración, procede, ponderando la incidencia del interés público y el del interesado, declarar adecuada la resolución del Tribunal de instancia». Esta nueva posición comporta una mayor tutela al ciudadano extranjero al no obligarla a abandonar el país mientras pende la resolución judicial de la medida en su contra acordada.

3. CONVENIOS INTERNACIONALES

Así ante esta normativa nacional, de indudable naturaleza restrictiva, surge la cuestión de cuál es la posición mantenida por los convenios suscritos por España que inciden en este ámbito. Ha de resaltarse que las principales declaraciones y pactos signados, Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York, el 10 de diciembre de 1966, y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, no contemplan más que la

⁹ El Ministerio del Interior informó en *El País*, de 7 de julio de 1989, que 24.729 personas fueron rechazadas en las fronteras. Al tiempo informó que 111.652.629 millones de personas, entre turistas, trabajadores y personas en tránsito, atravesaron las fronteras españolas.

El número de expulsiones es elevado, aunque no abarca la totalidad de la inmigración clandestina. Así el Ministerio del Interior

informó que en 1989 expulsó 4 739 extranjeros quintuplicando las cifras de 1985 en que fueron 975, según publica *El País* del 6 de julio de 1990. Las cifras se concentran en pocas provincias, pues el Gobierno Civil de Barcelona informó a *El País* del 13 de marzo de 1989 que 1.120 personas habían sido expulsadas en 1988 de la citada provincia

atribución formal del derecho al trabajo, pues al igual que la Carta Social Europea, hecha en Turin el 18 de octubre de 1961 y el Convenio Europeo del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, de 24 de noviembre de 1977, no confieren al extranjero más derecho que el de no ser discriminado respecto al nacional en el ámbito protector de la Seguridad Social y de la legislación laboral (desempleo, despido...) ¹⁰. En las relaciones laborales, una vez producida la contratación, se reconoce la igualdad del extranjero con el nacional. Mas se parte de la necesidad de la autorización previa al trabajo o, en su caso, a la residencia legal en cada país.

Aun cuando el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha dictado recomendaciones, como las de 29 de junio de 1966 y 18 de noviembre de 1977 ¹¹, incitando a los gobiernos a hacer prueba de un espíritu humanitario en el ámbito del derecho al trabajo, al asumir como objetivo que toda persona debe tener la posibilidad de ganar su vida mediante un trabajo libremente elegido, el derecho de entrar en un país sólo se garantiza a los nacionales del mismo, tanto en el Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 12.4) como en el Protocolo Cuarto a la Convención del 2 de mayo de 1968.

El derecho de entrar o volver al propio país, aspecto este último muy influenciado por la Declaración de Principios que rige las relaciones entre los Estados participantes, aneja al Acta final de Helsinki de 1975 ¹², es un derecho reconocido, mas no existe un derecho partiendo del cual pueda exigir la entrada en un país con el que se carece de vínculo. Incluso el llamado «derecho de asilo» y el regulador del «estatuto del refugiado» no merecerían, «strictu sensu», tal nombre al depender la discrecionalidad en la concesión del país de acogida. Ni la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU (art. 14) ni nuestra Constitución (art. 13.4) reconocen propiamente un «derecho de asilo», sino que el contenido queda deferido a su regulación legal.

Así la Ley 5-1984, de 26 de marzo, reguladora de la concesión del derecho de asilo y de la condición de refugiado, atribuye al Gobierno tal competencia, a propuesta de la Comisión interministerial creada en el seno del Ministerio del Interior y compuesta por representantes de los departamentos ministeriales afectados por la concesión del asilo. Se entiende que la concesión, revocación y condiciones constituyen un acto de ejercicio de la soberanía del Esta-

do. La regulación de la condición de refugiado en España está complementada por el Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el mismo tema, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967, más el Acuerdo Europeo relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados, hecho en Estrasburgo el 16 de octubre de 1980, por mor de su ratificación. Procede remarcar que, aunque la Ley 5-1984, de 26 de marzo, en su artículo 17, y el Reglamento de ejecución de 20 de febrero de 1985, en su artículo 36.2, tratan privilegiadamente al refugiado a la hora de acceder a un empleo, al no tener en cuenta la situación nacional, es una declaración de escasa incidencia real, dada la política restrictiva del Ministerio del Interior a la hora de la concesión del status de refugiado ¹³. También aquí es remarcable la labor de control de la discrecionalidad administrativa llevada a cabo por los tribunales de justicia al pronunciarse sobre los efectos internos del reconocimiento de la condición de refugiado, según la Convención de Ginebra, efectuada por el Alto Comisionado para Refugiados de las Naciones Unidas (así en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1988, RA 4074 y 28 de septiembre de 1988, RA 6945).

El derecho de circular libremente y elegir su residencia sólo se admite, tanto en Protocolo Cuarto a la Convención de 4 de noviembre de 1950, firmado por España el 23 de febrero de 1978, mas sin ratificar, como en el Pacto de los Derechos Civiles de Nueva York, a los individuos que se encuentren regularmente sobre el territorio de un Estado ¹⁴. En los citados convenios, aun hallándose prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros, en alguna ocasión practicadas por algún Estado firmante ¹⁵, las garantías mínimas sólo cubren al residente regularmente o al extranjero entrado regularmente cuya situación haya sido regularizada. No hay que olvidarse que la Ley Orgánica de Extranjería sanciona, en su artículo 26.1.a), como infracción que lleva aparejada la expulsión del territorio nacional, la entrada irregular en el país. Las nuevas garantías introducidas a la Convención de Roma por el Protocolo Séptimo goza de escasas firmas por parte de los Estados suscriptores del convenio originario. La expulsión individual queda sometida a las normas de cada legislación interna, que, en el momento actual, parece tener una interpretación favorable de los tribunales en cuanto a la concesión del máximo de garantías al ciudadano extranjero. Se ha visto al co-

¹⁰ Cfr. todos los tratados internacionales citados en *Legislación básica sobre extranjeros*, op. cit.

¹¹ Cfr. Cohen-Jonathan «Convention europeene des droits de l'homme». Edit. Economie, Marseille, 1989.

¹² Cfr. *Liberte de Circulation de Personne en Droit International*. Sous la direction de M. Flory et R. Higgins, Edit. Economica, 1988. Paris.

¹³ El Ministerio de Asuntos Sociales informó el 8 de junio de 1989, según publicó *La Vanguardia*, que los usuarios de los programas de refugio y asilo pasaron de 7.065 en 1986 a 13.662 en 1988. Por su parte, el Ministerio del Interior informó el 17 de di-

ciembre de 1990, según publicó *El País*, que, durante 1990, 8.000 extranjeros pidieron refugio o asilo político en España. El año anterior, 1989, tramitó 2.721 solicitudes de refugio, de las que se concedieron seis, mientras que las de 1.183 peticiones de asilo se otorgaron 175.

¹⁴ Cfr. Ferrer Peña, R. Los derechos de los extranjeros en España. Tecnos, Madrid, 1989.

¹⁵ En *El País* del 1 de julio de 1990 se pone de relieve la expulsión masiva de marroquíes que trabajaban ilegalmente en empresas textiles en Vic.

mentar la posibilidad de suspender los actos administrativos de expulsión.

Existen una serie de principios formulados en la Carta Social Europea que todavía no han sido sustantivados. Así la consecución como objetivo, en su Parte I, 1, «el ejercicio efectivo del derecho de toda persona a tener la posibilidad de ganarse su vida mediante un trabajo libremente elegido». Otro tanto acontece con el vertido en la Parte I, 18 «los nacionales de cualquiera de las partes contratantes tienen el derecho de ejercer sobre el territorio de la otra parte una actividad lucrativa en pie de igualdad con los nacionales de este último, bajo reserva de restricciones fundadas en razones serias de carácter económico o social».

La ausencia de normas convencionales respecto a la regularización de los trabajadores entrados ilegalmente dejan al criterio de cada país los criterios a seguir. Así la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Extranjería fijó un plazo para poder peticionar la regularización. Mas no se ha logrado lo pretendido. Es impropio de un Estado democrático de derecho que los plazos administrativos en la regularización de los inmigrantes sean inaceptablemente largos en la resolución cuando no lo han

sido en el término de petición. También lo es que, en la práctica, la regularización haya tenido escasa trascendencia¹⁶.

Cabría concluir que debería ser en el marco internacional protector de los derechos del hombre, incluyendo el derecho a un trabajo digno, donde los ciudadanos procedentes de países no desarrollados encuentren protección. De lo contrario la posición individualizada de los Estados desarrollados es negar cada vez más ese derecho. Es obvia la dificultad de posturas nacionales de los Estados comunitarios en este ámbito, en un momento en que las instituciones de la Comunidad asumen cada vez más poderes de sus Estados miembro¹⁷. La necesidad de que los derechos reconocidos formalmente asuman un contenido material se hace cada vez más patente. Se está ante un reto de la Europa de los noventa en que, pasado el bicentenario de la Revolución Francesa y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, queda mucha labor por realizar. Es preciso que las actividades comunitarias conducentes a fijar una política en tal sentido no se trate, tal cual ha denunciado el Parlamento Europeo¹⁸, en foros intergubernamentales como el Grupo de Trabajo «ad hoc» y el de Trevi, sino en el seno de la propia Comunidad.

¹⁶ En la denuncia antes citada del 15 de marzo de 1989 las organizaciones no gubernamentales pusieron de manifiesto el fracaso de la regularización. Sólo 43.000 de los 366.500 clandestinos pudieron presentar su solicitud. Hace hincapié en que la misma Administración no está en condiciones de afirmar cuantas de estas solicitudes fueron contestadas en uno u otro sentido. La denuncia ha vuelto a repetirse, pidiendo la sustitución de la LOE, en el informe de la Asociación Pro Derechos Humanos de Espa-

ña, sobre 1989, hecho publico el 5 de julio de 1990, según informa *El País* del 6 de julio de 1990

¹⁷ El empleo de los no comunitarios se analiza, desde una perspectiva económica, en *Le Monde Economie*, 25 de julio de 1989.

¹⁸ En tal sentido el pronunciamiento del Parlamento Europeo citado en la nota 4.