

TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA EN ESPAÑA: LOS INMIGRANTES IRREGULARES COMO EJEMPLO

Antonio Baylos*

Sumario: 1. La “anomalía española” y el reacomodo del derecho de huelga en el sistema jurídico. 2. La problemática de la titularidad y el ejercicio del derecho de huelga. 3. La legislación de extranjería y la escisión entre titularidad y ejercicio. 4. La inconstitucionalidad de la indicación legal y el derecho de huelga de los trabajadores inmigrantes.

Abreviaturas más utilizadas: ASEC: Acuerdo Solución Extrajudicial de Conflictos. CC: Código Civil. CE: Constitución española. CSE: Carta Social Europea. CC.OO.: Confederación Sindical de Comisiones Obreras. L: Ley. LO: Ley Orgánica. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. TC: Tribunal Constitucional. UGT: Unión General de Trabajadores.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Centro Europeo y para el Diálogo Social, Universidad de Castilla La Mancha (UCLM), España.

1. La “anomalía española” y el reacomodo del derecho de huelga en el sistema jurídico.

La huelga precede a su regulación jurídica. Solapándose con el conflicto estructural que vertebra las relaciones sociales, el sistema jurídico-laboral ha precisado un campo de relaciones y de reglas jurídicas que hacen especial referencia al conflicto que se produce entre los intereses de carácter colectivo de empresarios y de trabajadores y las formas de expresión de éste. Esta regulación del conflicto afecta directamente a la libertad sindical y en términos más generales al pluralismo social entendido como la facultad del grupo social de autoproteger su propio interés sin necesidad de recurrir a los mecanismos arbitrados por el Estado para la solución de las controversias derivadas del trabajo. Este poder se define como el conjunto de las facultades de autotutela colectiva. Es un poder social que se reconoce a las formaciones sociales que expresan el interés colectivo de los trabajadores, es decir, que personifican la clase social de los trabajadores como sujetos subalternos política, social y económicamente, los sindicatos, quienes se encuentran necesariamente volcados en el compromiso de los poderes públicos de lograr la igualdad sustancial, para cuya finalidad el sistema jurídico precisamente les dota de los medios adecuados al logro de ese objetivo nivelador y gradualista. Comprender así el conflicto en el centro del sistema de relaciones laborales sin que venga negado o rechazado por el ordenamiento jurídico es clásico de los sistemas democráticos y en ese sentido se pronuncia la Constitución española de 1978.

Sin embargo el caso español es un tanto anómalo a este respecto, producto de la peculiar evolución histórica de la reglamentación de la huelga. En efecto, expulsado el conflicto de la regulación del trabajo que realizó el franquismo y criminalizada la huelga –aunque a partir de los años setenta esta criminalización se circunscribiera al área de los servicios públicos y de la huelga política¹– la negación de la autotutela

¹ Cfr. BAYLOS Grau, Antonio y TERRADILLOS Basoco, Juan M. “*Derecho Penal del Trabajo*”. 2a. ed. Madrid, Trotta, 1997. pp. 22-25; LÓPEZ MARTIN de la Vega, Rafael. “*La huelga de funcionarios públicos y el Código Penal*”. Albacete, Bomarzo, 2005.

del interés colectivo de los trabajadores llevaba a situar este fenómeno extra-jurídico en la perspectiva de los hechos que generaban el incumplimiento del contrato y sus efectos, en especial en lo relativo al despido como sanción frente a la huelga. Esta forma de abordar la huelga desde el derecho laboral se mantendría viva hasta la muerte del dictador, sin que el Decreto Ley de 22 de mayo de 1975, que regulaba el llamado “recurso legal a la huelga” significara un cambio de tendencia. De manera que sólo en 1977, en plena transición política, el Real-Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977 (DLRT), procede a regular el derecho de huelga sin que todavía se hubieran legalizado los sindicatos –lo que se habría de producir en abril de aquel mismo año– limitando el ámbito de ésta a la empresa o el centro de trabajo exclusivamente. Por lo demás el DLRT rezumaba por todos sus preceptos una manifiesta hostilidad hacia el conflicto, tanto en razón de los objetivos pretendidos como por las formas adoptadas por la medida de presión, y en general sólo era indulgente con las huelgas funcionales a un proceso de negociación colectiva. Éste no era un modelo de huelga-derecho, sino que se encerraba en un sistema de libertad de huelga muy restrictivo².

La implantación de un sistema democrático a partir de la promulgación de la Constitución en diciembre de 1978 habría de alterar de forma sustancial el marco de referencia normativo. En los escritos de la época se hablaba de un “giro copernicano” del texto constitucional sobre la regulación del trabajo en relación con la vigente durante el franquismo. Por eso, además del reconocimiento central del papel del sindicato en el título preliminar CE (art. 7), se dedica el art. 28 de la norma a reconocer conjuntamente la libertad sindical y el derecho de huelga, derechos que habrán de gozar del rango máximo de tutela que prescribe el art. 53 CE. La huelga es objeto de un reconocimiento en términos muy amplios. El art. 28.2 CE reconoce el derecho de huelga a los trabajadores para la defensa de sus intereses. Bajo la expresión trabajadores se entienden incluidos todos aquellos que materialmente realizan una prestación de servicios remunerada y dependiente para otra persona, empleador público o privado. La remisión a los intereses

² VALDÉS Dal-Re, Fernando. “Límites al derecho de huelga: apuntes críticos”. *Cuadernos de Derecho del trabajo* (3):39 ss, 1977.

de los trabajadores como objetivo defendible mediante la huelga no implica limitar esta medida a las cuestiones litigiosas en el marco de un contrato de trabajo, sino que tanto en su conexión con la función constitucional del sindicato como en atención a la literalidad del precepto, se trata de intereses que se refieren a cualquiera de las facetas que conforman la noción del trabajador, activo o inactivo, dentro y fuera de la relación laboral, como ciudadano con una posición social subalterna. Son los intereses de los trabajadores “en cuanto tales”, como recalcará después la STC 11/1981, de 8 de abril. El derecho de huelga está además concebido en el art. 28.2 CE de manera paralela a lo que son las facultades de autotutela derivadas de la libertad sindical. El sindicato tiene reconocido, por el mero hecho de serlo, las facultades de declarar y administrar la huelga, pero el art. 28.2 CE quiere que este poder no sólo lo detente el sindicato –cualquier sindicato, no sólo los más representativos– sino también otras agregaciones de intereses creados por normas legales, como los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, o que sean fruto de la auto-organización de los trabajadores, como las asambleas u otras instancias colectivas.

El reconocimiento de la huelga como derecho fundamental de máximo nivel, junto con la libertad de sindicación, permitía deducir un modelo democrático de las relaciones de conflicto que se oponía al modelo derivado de la transición política. Por ello se interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para obtener la derogación del DLRT como norma que se oponía a lo establecido en la Constitución, sobre la base de la Disposición Derogatoria de la Constitución, recurso que dio lugar a la muy famosa y comentada STC 11/1981, de 8 de abril. Como es sabido, esta Sentencia estimó parcialmente el recurso efectuando hasta nueve pronunciamientos de inconstitucionalidad directos a la vez que declaraba la constitucionalidad del resto de los preceptos del DLRT siempre que se realizara una interpretación *orientada* por los valores y principios constitucionales, es decir lo que se llamaba en el cuerpo de la decisión del TC, una “interpretación conforme a la Constitución”³. Es una sentencia interpretativa que

³ El texto clásico que recoge las argumentaciones de los recurrentes y una crítica a la STC 11/1981, es el de MATIA J., et al. “*Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*”, Madrid, Civitas, 1982.

sin duda pretendía dar una solución regulativa provisional en tanto se producía el desarrollo legislativo prometido en el propio art. 28.2 CE. La Ley prometida, como el famoso personaje literario, será esperada durante años, pero no llegará, y ello pese a que en 1992-1993 estuvo a punto de promulgarse un texto pactado con los sindicatos más representativos de ámbito estatal que regulaba en su totalidad el derecho de huelga, pero que caducó ante la disolución del parlamento y la convocatoria de elecciones⁴.

Este proceso explica el régimen jurídico resultante de esta anomalía jurídica: que el texto regulador del derecho de huelga en nuestro país, la ley de desarrollo del derecho fundamental solemnemente declarado en el art. 28.2 y que goza de las garantías formales y materiales del art. 53 CE, sea un Decreto-Ley preconstitucional al que se le han *depurado* las violaciones más flagrantes de los derechos de huelga y de libre sindicación que contenía, y que debe ser interpretado en sus preceptos “conforme a la constitución”, con la consiguiente judicialización de los límites y del contenido del mismo que esta fórmula impone. En efecto, el resultado de la operación de “depuración” dista mucho de ser el declarado, con merma evidente del modelo constitucional del derecho de huelga. La judicialización del derecho de huelga impone una continua redefinición de las condiciones de ejercicio del mismo a cargo de las decisiones judiciales sobre supuestos concretos, cuya doctrina se reinterpretaría doctrinalmente y se presenta como reglas vinculantes para los sujetos titulares del derecho, condicionando su efectiva realización. La opción interpretativa “flexible” y “abierta” por la que ha optado la jurisprudencia constitucional implica un “reacomodo” permanente del derecho de huelga en el conjunto del sistema jurídico, una adaptación sucesiva del mismo en relación con las transformaciones que históricamente se producen en la realidad socioeconómica y

⁴ Aprobado el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga (PLOH) por el pleno del senado el 1 de abril de 1993, el RD 543/1993, de 12 de abril, de disolución de las Cortes Generales y convocatoria de elecciones legislativas impidió que se procediera a su lectura en el Congreso y pudiera por tanto promulgarse en tiempo y forma. Un análisis de los contenidos del PLOH en GARCÍA Becedas, Gabriel (dir.). “*El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*”. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993 y, aunque más volcado en el novedoso sistema de regulación de la huelga en servicios esenciales que el PLOH introducía, GARCÍA-PERROTE Escartín, Ignacio. “*El proyecto de ley orgánica de huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales como telón de fondo*”. Santander, Universidad de Cantabria, 1993.

política del país⁵. La interpretación “conforme a la Constitución” que lleva a cabo la STC 11/1981 del DLRT conduce a conservar en la medida de lo posible el tenor literal de la norma preconstitucional –en ocasiones a su leve modificación– pero la preservación del texto se acompaña de una interpretación que en muchas ocasiones lo modifica de manera decisiva. De esta manera ante la ausencia de ley, el desarrollo del art. 28.2 CE es por mitad obra del legislador preconstitucional transformado y emanación de la jurisprudencia –ante todo la del TC– con lo que ello tiene de ambivalente, porque la decisión jurisprudencial se da siempre ante un caso concreto y por tanto puede ser mudable, y porque la revisión del DLRT por la STC 11/1981 permite pensar casi siempre que sus preceptos son interpretables en otro sentido.

Se han producido sin embargo intervenciones legislativas que han precisado de manera importante los contornos del derecho de huelga. Fundamentalmente, la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de 1985 (LOLS) que resultó también controlada y declarada plenamente constitucional por la STC 98/1985, de 29 de julio⁶. La regulación de la libertad sindical y por tanto de las facultades de acción sindical que esta norma efectúa ha permitido reconstruir a partir de ella un marco más preciso de regulación del derecho de huelga, visto así desde la perspectiva del derecho de libertad sindical. Este efecto de determinación indirecta del modelo constitucional del derecho de huelga a través del desarrollo legislativo del derecho de libre sindicación se evidencia muy claramente en materia de titularidad del derecho y en la definición de las posiciones jurídicas correspondientes a la titularidad y al ejercicio del mismo. La reacomodación del derecho de huelga a partir de los elementos presentes en la regulación de la libertad sindical tendrá también reflejos problemáticos en algunas leyes posteriores. En este escrito se analizará como ejemplo muy relevante el referido a la regulación de los derechos de libre sindicación y de huelga en las Leyes de Extranjería del año 2000 y en la posterior doctrina constitucional que precisa esta definición legal, considerándola no conforme a la Constitución.

⁵ RUSCIANO, Mario. “*Diritto di sciopero e assetto costituzionale*”. Roma, CNEL, 14 de octubre de 2008, p. 1 del texto original.

⁶ Cfr. RODRÍGUEZ Piñero, Miguel (Coord.). “*Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*”. Madrid, Tecnos, 1986.

2.- La problemática de la titularidad y el ejercicio del derecho de huelga.

La titularidad del derecho de huelga, en lo que se refiere al ámbito subjetivo del mismo, ha resultado muy influenciado por la definición que el art. 1 LOLS realiza del sujeto titular del derecho de libertad sindical, es decir, el trabajador entendido en un sentido amplio, tanto el que está en activo como el inactivo o retirado del mercado laboral, y con independencia de que su prestación de trabajo se defina como laboral, estatutaria o una relación de servicios sometida al derecho administrativo. Las exclusiones del derecho de libertad sindical, previstas en la Constitución y desarrolladas por los arts. 1.3 y 1.4 LOLS han sido también interpretadas como exclusión de la titularidad del derecho de huelga. Si para el Ejército y las Policías aparece expresamente formulado en la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, LO 2/1986, de 13 de marzo (LOFCS), no ha sido así respecto del derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales en activo, pese a lo cual se interpreta normalmente que están asimismo exceptuados del ejercicio de este derecho⁷. A la inversa, y aunque no haya podido referirse a ello en función de su rango legal la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), es evidente que la sindicalización que reconoce esta norma respecto de la dimensión colectiva de la representación de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) implica la plena actuación sindical de los mismos, lo que por tanto supone la titularidad del derecho de huelga. El problema se plantea sin embargo respecto de los TRADE organizados en torno a las asociaciones profesionales, y los límites que la STC 11/1981 enunció en orden a la huelga de los trabajadores autónomos directamente ejercida por los mismos,⁸ pero no respecto de aquellos que actúen a través de las organizaciones sindicales a las que están afiliados o convocantes de la huelga como medida de presión de estos trabajadores autónomos y dependientes.

⁷ PALOMEQUE López, Manuel Carlos. “Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga”. En: BAYLOS Grau, Antonio (Coord.) Estudios sobre la huelga. Albacete, Bomarzo, 2005, p.20.

⁸ Ver sobre este aspecto, TRILLO, F. “Régimen profesional y derechos colectivos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”. Consejo de Relaciones Laborales de CLM, noviembre 2008, pp. 41 ss. del texto original.

También resulta ilustrativo contemplar a partir del régimen instaurado por la LOLS la definición de la titularidad y el ejercicio como posiciones individuales y colectivas de los sujetos del derecho. Desde la construcción clásica que recogió la STC 11/1981, con precedentes italianos y franceses, la huelga se define como un derecho “de titularidad individual y de ejercicio colectivo”. La citada Sentencia recuerda que caracteriza al derecho de huelga ser un derecho “atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercido colectivamente mediante acuerdo o concierto entre ellos”. Esta fórmula tiene como inmediata consecuencia evitar cualquier intento de monopolización de las facultades de convocatoria o de llamada por parte de las organizaciones sindicales en exclusiva. Se rechaza así una cierta concepción “orgánica” de la titularidad del derecho de huelga, con la consecuencia de que pueden convocar la huelga otro tipo de organismos de representación de los trabajadores tanto de creación legal, como los comités de empresa y delegados de personal, como informal, o el conjunto de los trabajadores reunidos en asamblea⁹.

Lo anterior no implica que se olvide que en todo caso el sujeto colectivo representante de los trabajadores por excelencia es el sindicato, y que el art. 2.2 d) LOLS reconoce este derecho a cualquier sindicato, con independencia de su representatividad, dentro o fuera de la empresa. Pero con estas afirmaciones no se llega a solventar el problema de la titularidad del derecho de huelga en su posible confrontación de los dos polos o aspectos que la integran, el individual y el colectivo. Esta tensión es muy patente en el tema de las cláusulas de paz,¹⁰ o en el de la vinculación a sindicatos no firmantes de acuerdos de regulación del ejercicio del derecho,¹¹ pero se proyecta igualmente sobre las consecuencias de una convocatoria irregular o la elección de la modalidad de huelga por un sindicato, sin que por el momento este tipo de problemas hayan encontrado una elaboración segura por parte de la jurisprudencia.

⁹ Conclusión ya señalada desde los primeros estudios dogmáticos sobre el tema. Así, GARCÍA Blasco, Juan. “*El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*”. Barcelona, Bosch, 1983, pp. 32-35.

¹⁰ RAMOS Quintana, Margarita Isabel. “*El deber de paz laboral (su regulación en la Ley y en el Convenio colectivo)*”. Madrid, Civitas, 1993.

¹¹ Cfr. MONEREO Pérez, José Luis (coord.). “*Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*”. Granada, Comares, 2002, pp. 203-242.

En este punto, el anclaje de la doctrina del TC sobre el tema de la titularidad del derecho de huelga se sitúa en una propuesta explicativa, la de la titularidad individual y el ejercicio colectivo, que permite desarrollar algunas conclusiones de interés en orden a designar a los titulares colectivos no sindicales, pero que sin embargo no facilita una reflexión más profunda sobre los dos diferentes planos en los que se mueve el derecho de huelga. En este sentido, el derecho de libre sindicación ofrece un eje de interpretación muy practicable al distinguir entre un plano o vertiente individual y otro plano o vertiente colectiva, lo que lleva a que se hable correctamente de una titularidad diferenciada del derecho de huelga en virtud de su propio contenido, un contenido “colectivo” y un contenido “individual”¹². El contenido colectivo tiene que ver “con la realización de la huelga como medida o fenómeno colectivo en su conjunto”, y el contenido individual con “la actitud del trabajador individual singular ante una huelga”¹³. Esta conceptualización del derecho tiene importancia en varios aspectos, fundamentalmente en su relación con el derecho de negociación colectiva y de conflictos colectivos, a través de la posibilidad de establecer en la negociación colectiva cláusulas de paz y procedimientos de solución de conflictos en los que se introducen determinados requisitos previos a la declaración de huelga o que pretenden modalizar su ejercicio. Estos supuestos, que son manifestación del gobierno sindical – o, más genéricamente, colectivo – de la huelga, plantean una relación de una cierta complejidad con los aspectos individuales del derecho de huelga, los márgenes de su disponibilidad colectiva, y, en fin, las consecuencias que sobre los trabajadores individualmente considerados tiene la transgresión de estos compromisos adoptados en la negociación colectiva.

Las facultades de convocatoria o de llamada a la huelga, la determinación de los objetivos y la elección de modalidad, además de lo que se podría denominar actividades de gestión del conflicto, la publicidad del mismo y claro está, la desconvocatoria, pertenecen típicamente al

¹² Postura doctrinal que inauguró PALOMEQUE López, Manuel Carlos. “*La titularidad del derecho de huelga*”. En AA.VV. *Derechos de libertad sindical y huelga*, Madrid, CGPJ, 1992, pp. 175-190.

¹³ PALOMEQUE López, Manuel Carlos. “*Ámbito subjetivo y titularidad...*”. cit., pp. 16-17.

plano colectivo.¹⁴ La vertiente individual del derecho de huelga, en su aspecto positivo, implica en primer lugar la facultad de adherirse a la convocatoria de huelga, participar en el desarrollo concreto de la huelga, en la toma de decisiones sobre su continuidad y cese y en las tareas de información y publicidad, o, en fin, en secundar la desconvocatoria de la misma decidida colectivamente.

En el DLRT hay una evidente confusión de estos planos, colectivo e individual, puesto que el problema de la disponibilidad colectiva del derecho de huelga no se plantea ni siquiera (art. 8.1 DLRT) y en el art. 11 d) se declara la ilegalidad de la huelga que se convoque sin atender a lo expresamente pactado en convenio colectivo “para la solución de conflictos”. Pero este tema no ha sido superado aún desde una interpretación conforme a la constitución. Los desarrollos jurisprudenciales sobre este punto se han quedado en la contemplación del plano colectivo de este aspecto, es decir, en la afirmación de la posibilidad evidente de que los representantes de los trabajadores y los sindicatos puedan pactar en convenio colectivo cláusulas de tregua,¹⁵ con la consecuencia de que se trata de compromisos de carácter obligacional entre las partes firmantes del convenio (art. 82.2 ET) o que se pueden acordar determinados compromisos de modalización del ejercicio del derecho de huelga, bien sobre la base de un Acuerdo interprofesional como el ASEC, a través de su recepción en los convenios colectivos que se adhieren al mismo, bien mediante la propia incorporación al convenio de aspectos procedimentales para el ejercicio del derecho no recogidos en la norma estatal. La aplicación a este último supuesto de la pura eficacia obligacional de los acuerdos para salvaguardar la indisponibilidad individual de los trabajadores de su derecho de huelga lleva consigo también la no vinculación de los sindicatos no firmantes

¹⁴ Son los sujetos colectivos, el sindicato en primer lugar pero también los órganos de representación de los trabajadores en la empresa y en general cualquier instancia informal de carácter colectivo así como la asamblea de los trabajadores en su versión de órgano de representación de éstos y no como instancia refrendaria de decisiones del comité de empresa quienes desempeñan estas funciones como titulares – colectivos – del derecho de huelga.

¹⁵ Que, pese a la dicción literal del art. 8.1 DLRT no son una genuina “renuncia” al ejercicio del derecho, sino la pactación de una genuina obligación que implica un compromiso de no ejercitar la huelga y que puede ser por tanto incumplida “arrostrando las consecuencias”, como señala la STC 11/1981, situándose por tanto claramente en el terreno de la lícita actuación del sujeto colectivo.

del acuerdo a aquellos procedimientos¹⁶, lo que no ha sido considerado satisfactorio por un sector doctrinal, que ha elaborado la noción de eficacia general colectiva para lograr que este tipo de pactos obliguen también a los sujetos colectivos que actúen en el ámbito del convenio, hayan o no firmado el acuerdo¹⁷. Sin embargo este debate –fundamentalmente doctrinal– se centra en las facultades de acción colectiva y su alcance, pero no aborda la repercusión que sobre los trabajadores individuales tiene esta construcción.

De hecho cuando la STC 189/1993, de 14 de junio se enfrenta al tema de las primas antihuelga, entiende justamente que la pactación en convenio colectivo de un complemento salarial cuya percepción se liga directamente a la renuncia (individual) al ejercicio del derecho de huelga, es claramente incompatible con el art. 28.2 CE, aunque sin embargo esta inconstitucionalidad no se puede predicar de otras cláusulas que ligan indirectamente el abono de una cantidad a otros comportamientos que coinciden con la huelga en producir la ausencia del trabajo, porque estos casos sólo producen “un incentivo que trata de recompensar la autolimitación a participar en la huelga”, y la sentencia explica esta afirmación sobre la base de la capacidad que nuestro ordenamiento ofrece a los sindicatos y a los órganos de representación de los trabajadores de regular –colectivamente– el ejercicio del derecho de huelga a través del convenio colectivo.¹⁸ A parecidas conclusiones se llega en otros pronunciamientos más recientes del Tribunal Supremo que podrían haber dado origen a una reflexión más rica sobre el tema. Así, la STS (4^a) de 1 de marzo de 2001 contempla el supuesto de un pacto extraestatutario de fin de huelga abierto a la adhesión individual de los trabajadores, en el que se acuerda que la adhesión al pacto lleve aparejada la renuncia al derecho de huelga durante la vigencia

¹⁶ En general sobre el tema, RAMOS Quintana, Margarita Isabel. “*El deber de paz laboral...*” *cit.*

¹⁷ Así, en la interpretación de los efectos del ASEC, PIQUERAS Piqueras, M.C. “*El Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos. Una reflexión sobre su naturaleza y eficacia*”. *Ibidem*, Madrid, 1998.

¹⁸ Una crítica a esta Sentencia por ignorar la vertiente de indisponibilidad del derecho individual de huelga, en LAHERA Forteza, Jesús. “*La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y de los funcionarios*”. Madrid, CES, p. 207. Por lo demás, es de destacar que la STC 189/1993 sí entiende que no cabe disponibilidad colectiva del derecho de participación política en la misma cláusula que sin embargo estima compatible con el ejercicio del derecho de huelga.

del mismo. La sentencia elude plantear el problema de la disponibilidad del derecho para los trabajadores que se adhieren individualmente al pacto, y se detiene simplemente en justificar la capacidad de los pactos extraestatutarios para a su través incorporar cláusulas que regulen la paz laboral, señalando la eficacia limitada a las partes firmantes del acuerdo según el art. 1257 CC, y por tanto sin distinguir entre los sujetos firmantes colectivos y las adhesiones individuales al mismo en orden a un tratamiento diferente del derecho.¹⁹

Sin embargo resulta claro que la norma establece determinadas obligaciones que hace gravitar exclusivamente sobre los sujetos colectivos. Son deberes de origen legal que se asientan exclusivamente sobre las facultades colectivas del derecho de huelga. Así sucede típicamente respecto de la convocatoria de huelga y los requisitos formales que debe reunir, la determinación de los objetivos y finalidades que la huelga pretende y, en fin, la modalidad de cesación de servicios por la que se opta y la duración de la misma. Es en esta esfera colectiva en donde el acto de convocatoria y sus contenidos se perfecciona por sí mismo, sin necesidad de actos posteriores que lo condicionen. En consecuencia la corrección o no de este acto, su “legalidad” o ilicitud se valora en sí mismo, sin que los actos individuales de adhesión de los trabajadores puedan modificar el juicio de adecuación de esta medida al marco legal reconocido. O, lo que es lo mismo, una huelga puede ser legal o ilegal desde su convocatoria con independencia de que sea secundada por la totalidad de los trabajadores convocados, por una mayoría de éstos, por un escaso número o por ninguno. Lo que quiere decir que los posibles incumplimientos legales de los sujetos convocantes no pueden traducirse en incumplimientos contractuales del huelguista como trabajador individual.²⁰ Esta es la línea interpretativa que

¹⁹ Se trata de una impugnación del acuerdo de fin de huelga en RENFE, de carácter extraestatutario, entre la dirección de la empresa y el sindicato UGT, al que con posterioridad se adhirió CC.OO. El mecanismo al que acude el citado pacto es el que se suele emplear para lograr otorgar en la práctica aplicación generalizada a un acuerdo extraestatutario: combinar la eficacia personal limitada que se entabla entre los representados por los sujetos firmantes del acuerdo de eficacia contractual y la generalización del mismo a través de las adhesiones individuales en masa. La novedad de este acuerdo estriba en la cláusula según la cual la adhesión a las condiciones pactadas implica, para todos los firmantes, la renuncia – individual por tanto – al ejercicio del derecho de huelga durante el tiempo de vigencia de dicho acuerdo.

²⁰ No es por tanto asumible la tesis sostenida por LAHERA Forteza, Jesús. “*La titularidad de los derechos colectivos...*”.cit., p. 199, que entiende que ese es el panorama derivado del DLRT

sugirió la STC 13/1986, de 30 de enero, que destacaba la necesidad de no confundir “dos fases claramente diferenciadas en la huelga”, la convocatoria y la adhesión a ella de cada trabajador o ejercicio individualizado del derecho, para no imputar a los trabajadores de una empresa “una específica responsabilidad por el cumplimiento de un requisito –en el caso concreto el preaviso de huelga– cuyo cumplimiento concierne a los convocantes”. El principio de “separación de responsabilidades” entre los sujetos colectivos y los trabajadores individuales es aceptado y desarrollado doctrinalmente,²¹ aunque estas sugerentes conclusiones no han sido seguidas ni desarrolladas en la jurisprudencia constitucional ni ordinaria. Pero el planteamiento de una titularidad diferenciada en razón del contenido colectivo o individual del derecho de huelga sigue siendo un punto de análisis muy útil para incluirlo en el conjunto del tratamiento normativo y jurisprudencial de este derecho fundamental por el sistema jurídico español.

3. La legislación sobre extranjería y la escisión entre la titularidad y el ejercicio del derecho de libre sindicación y de huelga

Un nuevo intento de redefinir el derecho de huelga desde el problema de los sujetos se planteó en nuestro ordenamiento jurídico en relación con un supuesto un tanto excepcional, el del trabajador extranjero. La redefinición de este tema se llevó a cabo como forma de reaccionar a una actuación legislativa que vino a cambiar el paradigma conforme al cual se regulaba el trabajo de los extranjeros en España a partir de la legislación de los años 80 del siglo pasado. En efecto, la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros

a la vez que lo critica por incompatible con el modelo constitucional, proponiendo una solución que diferencia responsabilidades en función de la “titularidad individual o colectiva” del derecho de huelga *de lege ferenda*. En muchas otras ocasiones la regulación que sería funcional a la sistemática y el orden de valores del DLRT se ha tenido que sustituir por otra más acorde con el modelo constitucional, en razón del mandato de “depuración” interpretativa que caracteriza nuestro sistema regulativo del derecho de huelga.

²¹ GIL de Alburquerque, Román. “*Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y la relación de seguridad social. Responsabilidad individual típica: la huelga como causa de despido*”. En: BAYLOS Grau, Antonio (Coord). Estudios sobre la huelga...cit., pp.130-131.

en España y su integración social, fue el fruto de un importante consenso político en las postrimerías del gobierno del PP sin mayoría parlamentaria, y constituyó una norma progresista que manteniendo el principio de control de los flujos de mano de obra extranjera, se caracterizaba por “garantizar la aplicación del principio de igualdad en cualquiera de los terrenos que conforman esta disciplina y en particular en el entorno laboral”.²²

El eje central en materia de derechos es que los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones de los españoles, los derechos reconocidos en el Título I de la CE. En este sentido, el art. 11 de la Ley aborda los derechos de libertad sindical y de huelga, estableciendo que los extranjeros que estén en España tendrán el derecho a sindicarse libremente en las mismas condiciones que los trabajadores españoles y a ejercitar el derecho de huelga.

Se diría que la Ley 4/2000 establecía un principio de realidad según el cual el hecho de trabajar no admitía diferencias en razón de la nacionalidad, porque de la materialidad del trabajo realizado se deduce el goce de todos los derechos derivados del trabajo, entre ellos, desde luego, los derechos colectivos. Desde este punto de vista, además, no se concibe como se podría pensar de otra manera la funcionalidad de estos derechos de libre sindicación y de derecho de huelga, que precisamente están concebidos, entre otras cosas, para la tutela en concreto de las condiciones de trabajo y de vida. La Ley extiende a quienes no son nacionales ni por tanto ciudadanos de este país el goce de unos derechos –los recogidos en el art. 28 CE– que se otorgan en razón de trabajar efectiva y realmente, sin atender por tanto a una condición política como la ciudadanía o a una noción como la de residencia autorizada.

²² MENDOZA Navas, Natividad. “Evolución de los derechos sociales en las leyes de extranjería”. En: SERRANO García, Juana Ma. y MENDOZA Navas, Natividad, (Coords). Estudios sobre extranjería. Albacete, Bomarzo, 2005, p. 70. De manera menos entusiasta, RAMOS Quintana, Margarita Isabel. “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica”. En: AEDTSS, Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Tomo I, Comunidad de Cantabria, Madrid, MTAS, 2003, p. 496, explica que se trató de una ley que conformó “un amplio marco de derechos para los extranjeros desde las posibilidades de desarrollo que ofrece el art. 13.1 CE”, sobrepasando la doctrina constitucional sobre el particular, pero “exteriorizando siempre (...) una evidente línea de separación entre extranjeros legales e ilegales”.

Esta visión queda completada con el art. 33 de la LO 4/2000 –que luego se perpetuará como art. 36 en las reformas posteriores– que reconoce la plenitud de efectos para el inmigrante irregular en lo que se refiere a la relación laboral desarrollada. La atribución legal de efectos al contrato de trabajo celebrado sin permiso, no sólo afecta a los importantes derechos laborales individuales, sino a todos aquellos que el art. 4 ET define como derechos laborales básicos, entre ellos el de libre sindicación y el derecho de huelga. Con ello la norma legal entiende correctamente que el hecho de que un trabajador sea empleado de forma irregular no puede ser doblemente castigado mediante la privación de los derechos que el ordenamiento establece para el trabajo por cuenta ajena, so pena de constituir un verdadero “efecto llamada” a la utilización irregular de emigrantes y a la clandestinización de las relaciones laborales en las que la mano de obra extranjera sea mayoritaria.²³ El empleo en ese sentido de los derechos de representación y las facultades de autotutela resultan funcionales a efectos de evitar esta actuación empresarial incorrecta.

Sin embargo, tras las elecciones del 2000, el PP, nada más hacerse con la mayoría absoluta, reformó la Ley de Extranjería, mediante la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Esta reforma supuso un paso atrás y una clara restricción del reconocimiento de derechos fundamentales a los extranjeros. Además de una modificación muy significativa del art. 3 de la Ley, en el cual el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales entre nacionales y extranjeros, se traduce en un mero “criterio interpretativo general”, en materia de derechos colectivos se produce un cambio muy significativo al abandonar el “planteamiento universalista” de los Tratados y Pactos internacionales que regulan estos derechos²⁴ al afirmar en clave res-

²³ “Se trata de evitar el enriquecimiento injusto del empresario que, habiéndose beneficiado del trabajo recibido, ya prestado por el trabajador, pudiera sin embargo verse exonerado del cumplimiento de sus deberes respecto de este último”, RAMOS Quintana, Margarita Isabel, “*El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios...*”.cit., p. 559. CRUZ Villalón, Jesús. “*Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros*”. En: VALDÉS Dal-Re, Fernando (Dir.). *Novedades normativas en materia social*. Madrid, CGPJ, 2005, pp. 189-200, efectúa un análisis detallado de las consecuencias en materia laboral y de seguridad social de este precepto.

²⁴ ESCUDERO Rodríguez, Ricardo José. “*Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los Extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000*”. *Revista de Derecho Social*. (13):35, 2001.

trictiva una diferenciación entre la titularidad y el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga. Los extranjeros son titulares del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga, pero sólo podrán ejercitarlos –y en condiciones de igualdad con los trabajadores españoles– “cuando obtengan autorización de estancia o de residencia en España” en el caso del derecho de libre sindicación o “cuando estén autorizados para trabajar” en el caso del derecho de huelga.

Por lo tanto, parece que de esta manera el legislador pretendía establecer una diferencia entre titularidad y ejercicio con la finalidad de poder sortear la concepción mas abierta, ligada a la noción de persona y no a la condición de nacional o ciudadano que aparece en los Tratados Internacionales. Los inmigrantes, como personas, son titulares de los derechos de libertad sindical y de huelga, pero para ejercitarlos necesitan residir legalmente en España o estar autorizados para trabajar. Resulta sin embargo difícil poder asumir esta escisión entre titularidad y ejercicio de un derecho fundamental como el de libre sindicación o el derecho de huelga, y más aún poder entender compatible con el reconocimiento constitucional de los mismos una titularidad sin ejercicio del derecho. La norma está por tanto impidiendo de hecho la vertiente individual de ambos derechos para el emigrante no autorizado, y esa prohibición afecta también a la vertiente colectiva del derecho fundamental y muy en concreto a la actuación del sindicato, que consecuentemente con el mandato legal, no sólo debería rechazar la afiliación de inmigrantes sin autorización de trabajo, sino que tampoco podría convocar huelga ni realizar acción sindical alguna si afectaba a trabajadores no regularizados, puesto que la participación de éstos se encontraba prohibida por la ley. Tampoco parece concebible que los tribunales, ante la convocatoria de una huelga o la realización de acciones sindicales o la celebración de asambleas, procedieran a convalidar sanciones o despidos a los inmigrantes irregulares que la hubieran secundado sobre la base de que la norma estatal imperativa les había privado del ejercicio de este derecho.²⁵ Por eso el resultado al

²⁵ Así RODRÍGUEZ Piñero, Miguel. “*El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*”. En: AEDTSS, Derechos y libertades de los extranjeros en España...cit. Tomo I, p.69 sobre la imposibilidad de una aplicación desigual y selectiva de las sanciones por participación en huelga.

que conduce la Ley era difícilmente aceptable en sí mismo considerado, puesto que implicaba el mantenimiento de un “discurso represivo”²⁶ que excluía sin más al emigrante irregular del ejercicio de los derechos de libre sindicación y del derecho de huelga, prescribiendo la privación radical de estos derechos y no su limitación ponderada.

El sistema legal unificaba por consiguiente el derecho de libre sindicación y el derecho de huelga y suponía que mientras que no se activara el sistema autorizatorio sobre el trabajo del extranjero, ambos derechos estaban en una situación de *stand by*, que sólo podían tener lugar en cuanto el contrato de trabajo estuviera *autorizado*, a través pues de la obtención del permiso de residencia. Era evidente la contradicción de este presupuesto legal con el art. 36.3 de la Ley, que obliga a que se desplieguen todos los derechos derivados de una relación material de trabajo entablado entre el extranjero y su empleador, sin perjuicio de la sanción administrativa a éste por no utilizar el régimen de permisos que establece la ley.²⁷ Desde el punto de vista de la función de estos derechos, dirigidos a los objetivos del art. 9.2 CE, la consecución gradual de la igualdad sustancial, era evidente que resultaban mas necesarios en su ejercicio cuanto más aguda sea la situación de desigualdad que se pretendiera remover, de manera que sindicación y huelga resultarían sin duda alguna derechos que deberían ser ejercitados por los trabajadores en cualquiera de las situaciones en las que en el trabajo se presente una situación de despotismo autoritario que es incompatible con la noción de democracia y de igualdad que están en la base del reconocimiento de estos derechos. Es en este sentido en el que la doctrina laboralista afirmaba desde hace tiempo la desvinculación de estos derechos del contrato entendido como puro intercambio mercantil, al enraizarse estos derechos en la lógica democrática e igualitaria que funda el pacto constituyente de la democracia.

²⁶ RODRÍGUEZ Piñero, Miguel. “Los dilemas de la política de inmigración”, En: AA.VV. Jornadas sobre la Ley de extranjería. Sus repercusiones en el ámbito laboral, Granada, E.U. de relaciones Laborales de la Universidad de Granada, 2001, p. 166.

²⁷ CRUZ Villalón, Jesús. “Los derechos constitucionales...”. cit., p. 190.

4. La inconstitucionalidad de la indicación legal y el derecho de huelga de los trabajadores inmigrantes.

Esta operación regulativa señalaba cuál era el concepto del trabajo inmigrante que la derecha política mantenía. Como tal resultó extremadamente contestada tanto doctrinalmente, subrayando su posible inconstitucionalidad,²⁸ como sindicalmente, acudiendo al Comité de Libertad Sindical de la OIT por entender que se había producido una violación de los Convenios 87 y 98 OIT.²⁹ Pero lo más llamativo sin duda lo constituyó la batería de recursos de inconstitucionalidad interpuesta contra un buen número de preceptos de la norma reformada, en especial los relativos a la regulación de la libertad sindical y del derecho de huelga, por parte de destacadas Comunidades Autónomas (Andalucía, País Vasco, Castilla La Mancha, Aragón, Extremadura, Asturias y Navarra) y por el propio Grupo Parlamentario Socialista, entre el 22 y el 23 de marzo del 2001 ante el Tribunal Constitucional.³⁰

4.1. La inconstitucionalidad del art. 11 de la LO 8/2000.

La resolución de estos recursos se produce en ocho sentencias, sin acumulación de recursos, dictadas la primera en noviembre de 2007 y el resto entre el 19 y el 20 de diciembre de ese mismo año. La Sentencia-guía en esta serie es la STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE 10-12-2007), cuya ponente es la presidenta del TC, Maria Emilia Casas Baamonde. En ella encontraremos la doctrina general sobre la corrección constitucional al marco restrictivo de derechos sobre la inmigración que había introducido la Ley Orgánica 8/2000. La segunda sen-

²⁸ Así, RODRÍGUEZ Piñero, Miguel. “*Los dilemas de la política de inmigración*”... cit., p. 165; ESCUDERO Rodríguez, Ricardo José. “*Sobre la inconstitucionalidad...*” cit., p. 35, RUIZ Castillo, Ma. Del Mar. “*Marco legal de la inmigración en España. Aspectos Laborales*”. *Revista de Derecho Social* (22):39, 2003; CRUZ Villalón, Jesús. “*Los derechos constitucionales...*” cit., pp. 184-185.

²⁹ UGT presentó en efecto el 23 de marzo del 2001 una queja en este sentido ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

³⁰ RAMOS Quintana, Margarita Isabel. “*Los derechos laborales fundamentales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida*”. *Revista de Derecho Social*. (42):51, 2008, con indicación precisa del número de recurso y organismo de la Comunidad Autónoma recurrente.

tencia de interés es la STC 259/2007, de 19 de diciembre (BOE 22-1-2008) que aborda de manera especial el derecho de huelga, no impugnado en el recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 236/2007 del Parlamento de Navarra, cuyo ponente es el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas, que sin embargo emite un voto particular disidente al que se adhirieron los magistrados Rodríguez Zapata y García-Calvo.

Ambas sentencias concluyen la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000 en la regulación que ésta efectúa de los derechos de libertad sindical y derecho de huelga. Existe sin embargo una diferencia importante entre ambos derechos en atención a cómo se encuentra reconocido el derecho en el art. 11 LOE. mientras que para la libertad sindical el fallo de la STC 236/2007 declara la inconstitucionalidad del precepto, sin embargo no puede anular el mismo como consecuencia naturalmente anudada a la declaración de inconstitucionalidad, puesto que, de así hacerlo, se crearía un vacío legal no conforme a la Constitución “pues conduciría a la denegación de este derecho a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación”, por lo que debe ser el legislador “dentro de su libertad de configuración normativa”, derivada tanto de su posición institucional como de su “específica libertad democrática” quien establezca dentro de un plazo de tiempo razonable “las condiciones de ejercicio” del derecho de sindicación por parte de los extranjeros en situación irregular, condiciones de nuevo controlables por el propio TC³¹. Por el contrario, en lo que se refiere al derecho de huelga, la STC 259/2007 establece que la declaración de inconstitucionalidad debe ser acompañada de la de nulidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del mencionado art. 11 LOE, porque la exclusión total e íntegra del derecho de huelga a los trabajadores inmigrantes en situación irregular es contrario al art. 28.2 CE interpretado conforme a la normativa internacional sobre huelga en la que no se permite este tipo de excepciones³².

Para llegar a esta conclusión, la STC 236/2007 se apoya de manera muy importante en la normativa internacional que regula en concreto

³¹ El tema es comentado *in extenso* por RAMOS Quintana, Margarita Isabel. “*Los derechos laborales fundamentales de los extranjeros en España...*”. cit., p. 67 ss.

³² Cfr., de nuevo, RAMOS Quintana, Margarita Isabel. “*Los derechos laborales fundamentales de los extranjeros en España...*”. cit., p.75.

el derecho de libre sindicación como un derecho universal de la persona, desde la perspectiva “personalista” que ancla el reconocimiento de éstos en la dignidad humana. El TC sin embargo no asigna efectos directos a la dignidad sino a través de su recepción en la regulación concreta de determinados derechos fundamentales, como un canon interpretativo derivado del art. 10. 1 CE. “El grado de conexión de un derecho concreto con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE” (FJ 3). Los tratados internacionales no son por sí mismos un elemento de medida de la validez de las normas “desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, pero sí un canon interpretativo que ayuda a interpretar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.³³

Este canon interpretativo le permite al Tribunal pasar revista a todos los textos internacionales –PIDCP, PIDESC, CEDH y los Convenios 87 y 98 OIT– que, desde una “proyección universal subjetiva”, no autorizan la exclusión del derecho de sindicación en función de la nacionalidad del trabajador, ni desde luego de la propia configuración del art. 28.2 CE, en el que la referencia a la noción de trabajador no se circunscribe al concepto jurídico-formal del mismo –que en todo caso es una condición que también asume el inmigrante irregular que presta trabajo sin autorización, tal como por otra parte se regula en el propio art. 36.3 LOE– sino a una noción material del mismo, determinada por el mero hecho de prestar efectivamente un servicio retribuido en condiciones de subordinación a otra persona. Por lo demás, también funcionalmente el derecho de libre sindicación no puede estar limitado como prescribe la LO 8/2000, puesto que los extranjeros no autorizados “pueden afiliarse a los sindicatos españoles para la defensa de

³³ Con todo, esta afirmación prudente de la dignidad de la persona no es compartida por los magistrados disidentes de la STC 236/2007 en su voto particular, en el que llegan a afirmar que “la apelación a la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social, no (nos) resulta consistente”. La “consistencia” la debe dar “el respeto a la ley” ante el “masivo número de extranjeros en situación de entrada y residencia ilegal en España”.

sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma”.

Respecto del derecho de huelga, la STC 259/2007 se aproxima de manera paralela al examen de la constitucionalidad de la restricción a este derecho operada en la LO 8/2000, incorporando al examen del contenido del derecho fundamental reconocido en el art. 28.2 CE lo establecido en los tratados y textos internacionales ratificados por España como canon interpretativo del mismo. Aunque, como ha sido oportunamente señalado, el tratamiento internacional del derecho de huelga no ha sido nunca el mismo que el referido a la libertad sindical³⁴, lo cierto es que en lo que se refiere al ámbito subjetivo del derecho de huelga, tanto el PIDESC como la Carta Social Europea resguarda la titularidad del derecho en una noción de trabajador calificada materialmente, coherentemente con la que sustenta el derecho de libertad sindical. Por consiguiente, los trabajadores a los que se refiere el art. 28.2 CE son aquellos que prestan materialmente trabajo para otro de manera dependiente, y de nuevo en esta determinación del sujeto titular del derecho, el art. 36.3 LOE borra correctamente la diferencia a efectos del goce de derechos del trabajador extranjero entre su situación regular o irregular. Por lo demás, la función de la huelga, siempre en ese ámbito estrictamente laboral, hace especialmente idóneo el goce del derecho a quienes precisamente están en una situación de explotación laboral anudada al hecho de la condición de irregular, porque entre los intereses de estos trabajadores que defenderán con la huelga está, con toda seguridad, “la consecución de la plena regularidad de su situación administrativa”.

Es decir, que aún desde una perspectiva que encadene la función del derecho de huelga al contrato, individual o colectivo, como mantenía la abogacía del Estado en defensa de la normativa inconstitucional, el trabajador que está presente en la misma es el que efectivamente presta el trabajo y por tanto su situación administrativa no puede ser determinante de la exclusión del ejercicio del derecho de huelga. Pero

³⁴ RAMOS Quintana, Margarita Isabel. “*Los derechos laborales fundamentales de los extranjeros en España...*”. cit., p.71: “Es cierto que este derecho no ha merecido nunca el mismo tratamiento que la libertad sindical en los instrumentos internacionales, evidenciando que con respecto al mismo pesan valoraciones mucho mas restrictivas”.

este anclaje de la huelga en la relación contractual, que sin embargo parece ser la que anima la declaración del art. 6 CSE y el art. 28 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada en Lisboa en diciembre de 2007, no es correcto, porque el modelo constitucional de huelga se sitúa no en la esfera puramente económico-contractual, como un poder novatorio de las relaciones de trabajo, sino en el ámbito de la ciudadanía y de la tensión hacia la igualdad sustancial, es decir en el espacio de la política democrática, que incluye en él la actuación en la producción y en las relaciones obligatorias que la regulan, pero sin agotar en este sector su virtualidad, que es mucho mayor y más extensa. En efecto, como subraya la STC 259/2007, la huelga es un derecho subjetivo del trabajador que se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado en coherencia con la idea de Estado social y democrático de Derecho, y permite “legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes”. De manera más precisa, sigue explicando el TC, “la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos” (FJ 7). En este sentido es en el que también la adopción de medidas de huelga para lograr la regularización de su situación es perfectamente plausible, pese a la irregularidad de la situación administrativa de quienes se encuentren trabajando sin autorización para trabajar en España. Por ello la STC 256/2007 concluye declarando la inconstitucionalidad y la nulidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del art. 11 LOE en la redacción dada por la LO 8/2000.

4.2. El derecho de huelga de los trabajadores inmigrantes.

El derecho de huelga se reconoce a los trabajadores para la defensa de sus intereses, y, como ya se ha indicado, la doctrina constitucional fue muy explícita al señalar que se trataba de los trabajadores “en cuanto tales”, es decir, en cuanto protagonistas de una relación material de trabajo asalariado para otro. Se ha señalado por la STC 259/2007 que el reconocimiento legal de que la relación laboral realizada con un

extranjero sin permiso de trabajo no impide a éste tener los derechos derivados del contrato laboral, entre ellos el derecho básico recogido en el art. 4 ET, que es el derecho a la huelga, por lo que “ninguna duda puede caber” sobre la capacidad del mismo para proteger sus intereses mediante el ejercicio individual y colectivo del derecho de huelga, interrumpiendo su prestación de trabajo ante una huelga convocada por los sujetos colectivos legitimados para ello.³⁵

El derecho de huelga no sólo se reconoce en una vertiente individual positiva o negativa del trabajador inmigrante concebida como pura adhesión o no a la huelga, sino que evidentemente se extiende a todos los actos de desarrollo de la misma, especialmente los referidos a la discusión y debate de la convocatoria y adopción de la medida, y todo lo relativo a la información de la huelga, y en particular los piquetes de huelga. Como el derecho de huelga tiene una doble dimensión, individual y colectiva, y en el desarrollo del mismo es la vertiente colectiva la que resulta decisiva a la hora de fijar la modalidad y la extensión del conflicto, la posición individual del trabajador en este proceso se encuentra relacionada y coordinada con la de todos los trabajadores que participan en la huelga, sin que en consecuencia sea posible discernir en el conjunto del movimiento huelguístico participantes privados de su derecho a participar en la huelga –los trabajadores irregulares, para la Ley– y aquellos que participan en una supuesta plenitud de derechos. La norma declarada inconstitucional pretendía en realidad que los trabajadores irregulares no pudieran secundar las huelgas del resto de los trabajadores, al impedirles el ejercicio del derecho. Se constituían así, por obra de la ley, en esquiroles forzados ante las huelgas convocadas por y para el resto de los trabajadores.³⁶ Y ello sin mencionar el hecho evidente de que la situación laboral de los trabajadores inmigrantes irregulares puede ser precisamente el detonante de acciones de presión o de protesta para su remoción, y que este objetivo sintoniza directamente con las funciones para las que el derecho de huelga ha sido constitucionalmente reconocido en nuestra Constitu-

³⁵ CRUZ Villalón, Jesús. “Los derechos constitucionales...” cit., pp. 184-185.

³⁶ En última instancia, es este el papel que la realidad económica asigna a quienes se encuentran en un mercado de trabajo irregular, un nuevo “ejército de reserva” que se quiere sumiso y sin derechos colectivos, pero esta posición es claramente incompatible con el marco de derechos y libertades que establece la Constitución.

ción³⁷. En este sentido, es importante resaltar la multidireccionalidad de la medida de presión. Puede en efecto realizarse contra el empleador abusivo que emplea trabajo inmigrante clandestino, pero también –y será muy frecuente– como medida de presión ante las autoridades públicas para que procedan a la regularización de la fuerza de trabajo irregular.³⁸ En algunas ocasiones el objeto de la huelga no ha sido exclusivamente la petición de regularización del trabajo inmigrante, sino otro tipo de reivindicaciones asociadas a sus condiciones de vida, ya no de trabajo, como la demanda de vivienda o habitación digna proporcionada o por la empresa o por las autoridades locales.³⁹

Como en el caso de la libertad sindical, la tutela frente a la represión o retorsión del derecho de huelga se realiza de forma idéntica para trabajadores irregulares y regulares. En particular la prohibición de retorsión o de sanción por el ejercicio del derecho de huelga, o la prohibición de realización por parte del empresario de determinados actos y prácticas que no pueden tener como finalidad evitar o impedir los efectos del ejercicio del derecho de huelga, como típicamente lo son la prohibición del esquirolaje, externo e interno, debido a la utilización de los poderes empresariales de variación del contrato (STC 123/1992, de 28 de septiembre; STC 66/2002, de 21 de marzo). Es conveniente resaltar este hecho porque la función de la regulación restrictiva del

³⁷ El 1 de mayo del 2006 fue el día elegido por la emigración hispana en Estados Unidos para hacer patente su presencia en todos los sectores económicos y la situación de explotación en la que se encuentran. La huelga convocada para aquel día y las manifestaciones multitudinarias consiguientes pusieron de manifiesto la fuerza de estos trabajadores, la gran mayoría de ellos irregulares. Resulta interesante en ese ejemplo reparar en la colaboración solidaria de una parte importante del sindicalismo norteamericano como representante general de los trabajadores “regulares”, y la posición del mismo en el debate que se está produciendo sobre la reforma de las leyes migratorias impulsadas por la Administración Bush. Cfr. [en línea] <http://socialismandliberation.org/mag/index.php?aid=630>

³⁸ La referencia obligada aquí es a la exitosa campaña organizada por la CGT francesa en el sector de la hostelería parisina en mayo de 2008 para “hacer emerger” a trabajadores irregulares que llevan trabajando en condiciones de normalidad largos periodos de tiempo en hoteles y restaurantes de alto nivel, forzando así la resistencia a la regularización de la que el gobierno francés y su presidente Sarkozy habían hecho una bandera ideológica y política. Cfr. [en línea] <http://www.humanite.fr/Travailleurs-sans-papiers-nouvelle-vague>.

³⁹ Por ejemplo ese es el caso de una huelga en febrero de 2008 en la recogida de la aceituna en Jaen, en la que los temporeros sin permiso de trabajo exigían una habitación digna y mejores condiciones de habitabilidad. Cfr. SINDICATO OBRERO INMIGRANTE. “*Huelga indefinida de trabajadores temporeros inmigrantes 'sin papeles'.*” *Global*. [en línea] Disponible en: <http://www.global.net/iepala/global/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=4038>

art. 11.2 en la redacción dada por la LO 8/2000 era eminentemente represiva y se proyectaba de forma natural sobre estas facultades de represalia o de retorsión frente al ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores inmigrantes. No obstante, la tutela de la estabilidad real en el trabajo que se deriva de nuestro sistema de protección del ejercicio de derechos fundamentales se debilita frente a situaciones de empleo temporal, y las características del trabajo que realizan los inmigrantes, de naturaleza temporal en su gran mayoría, debilitan en la práctica las garantías legales pensadas fundamentalmente sobre la estabilidad del empleo. En este sentido, los inmigrantes son trabajadores desiguales en la misma condición en la que lo son los trabajadores jóvenes y las trabajadoras, ciudadanos españoles, que realizan su trabajo en términos de precariedad y con garantías reducidas de estabilidad.

Ahora bien, junto a esta limitación estructural derivada de la configuración asimétrica del mercado de trabajo español, existen sin embargo problemas acrecentados respecto de los inmigrantes irregulares. En estos casos se ha planteado la imposibilidad legal de aplicar las reglas sobre la tutela antidiscriminatoria que prevén los arts 175 ss LPL sobre la base de que al empresario no puede obligársele a mantener una situación prohibida legalmente, de forma que en el caso de un despido por participar en una huelga –o por una actuación sindical–, la readmisión del trabajador irregular no puede producirse pese a la vulneración del derecho fundamental del mismo, ante la carencia de la autorización de trabajar, ello sin perjuicio de que se pudiera solicitar en la demanda, atendiendo a este hecho, una elevación de la cuantía indemnizatoria ponderando el daño adicional producido al trabajador.⁴⁰ No es esta una solución correcta. Hay que tener en cuenta que en el nuevo cuadro legal que disciplina la materia, el contrato de trabajo del inmigrante sin permiso no es nulo, por lo que despliega plenos efectos jurídicos en la relación existente entre empresario y trabajador, y lo que la sentencia realiza es una recomposición de ese contrato rescindido como consecuencia de la vulneración de un derecho funda-

⁴⁰ Esta es la solución que preconiza CRUZ Villalón, Jesús. “*Los derechos constitucionales...*”. cit., p. 194, sobre la base de que la sentencia que pone fin al pleito por despido no podrá condenar al empresario a llevar a cabo una conducta que se califica como ilícita por el ordenamiento jurídico.

mental, es decir, opera hacia atrás en la relación laboral establecida reparando el daño antijurídico que el acto de retorsión por la participación del inmigrante en una huelga, le infligió.⁴¹ La obligación de solicitar el permiso es del empresario, no del trabajador, y en consecuencia los efectos de carecer de éste no deben afectar a éste, de forma que “una vez que se es trabajador de hecho, el Derecho del trabajo dispensa todo su aparato de tutela y sólo sanciona el comportamiento empresarial”.⁴² Por otra parte, si no se aplica a estos supuestos en su totalidad el régimen de garantías establecidas para la tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales (art. 181 LPL), se estaría indirectamente dejando sin protección real al ejercicio de derechos fundamentales que los inmigrantes –regulares e irregulares– tienen reconocidos en el máximo nivel de protección.⁴³

Sin embargo, las prácticas conocidas en nuestro país respecto de la huelga de trabajadores inmigrantes añaden otros elementos de juicio al régimen jurídico descrito. Así, en los muy conocidos sucesos del Ejido, en el año 2000, los empresarios almerienses –en un contexto exasperado de hostigamiento xenófobo– reaccionaron frente a una huelga de los trabajadores marroquíes en demanda de mejora de las condiciones de trabajo con el despido de todos –regulares e irregulares– y su sustitución por nuevos contingentes étnicamente diferentes, ecuatorianos y lituanos, contratados a su vez sin autorización⁴⁴. Estas

⁴¹ De hecho hay decisiones judiciales que, en el caso de despido improcedente, condenan a la empresa opcionalmente a la readmisión o a la extinción con indemnización. STSJ Madrid, 30 de septiembre 2002 (AS 1993) y la importante STS 29 de septiembre 2003 (Ar. 7446), en el caso de despido nulo, condena a la empresa a readmitir a la trabajadora irregular.

⁴² RUIZ Castillo, Ma. Del Mar. “*Marco legal de la inmigración en España...*”. cit., p. 35. Por otra parte la autora introduce también matices importantes respecto a la carencia de permiso de trabajo o permiso de residencia, y relaciona estas situaciones de hecho, irregulares, con la regularización de irregulares a través de la permanencia en nuestro país y del arraigo, como “incorporación real al mercado de trabajo”.

⁴³ Otra cosa es plantearse si de este modo no se está produciendo una regularización indirecta del trabajador irregular y su alcance, y las dificultades de encajar ésta con el régimen legal de la autorización para trabajar. Sobre el tema, RUIZ Castillo, Ma. del Mar “*Marco legal de la inmigración en España...*”. cit., pp. 35-36; LOUSADA Arochena, José Fernando. “*Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares*”. *Aranzadi Social*. (7-8), 2004.

⁴⁴ Estas prácticas de sustitución de huelguistas plantean evidentes contradicciones a la dicción del precepto legal sobre el derecho de huelga de los inmigrantes “autorizados”, puesto que como se ha dicho, la Ley instaura de hecho a estos trabajadores irregulares en la condición del esquirol, de quien tiene que seguir trabajando aunque se haya convocado una huelga que afecte a su empresa, puesto que tiene prohibido ejercer el derecho del que sin embargo la ley le hace titular.

conductas trascendían desde luego el plano de la tutela laboral del derecho de huelga y se sitúan en un ámbito sancionatorio público, dado que sin duda alguna se trata de conductas constitutivas de los delitos previstos en los arts. 315 y 312 del Código Penal, al impedir directamente el ejercicio del derecho de huelga, forzar una inmigración irregular para evitar la eficacia de los derechos fundamentales de otros trabajadores e imponer a los mismos condiciones ilegales de trabajo⁴⁵. Junto a ello, los trabajadores despedidos por convocar y secundar la huelga deberían haber gozado de la tutela laboral que establece garantías reales frente a los actos de represalia del empleador, aunque como ya se ha visto, este sistema de garantías muestra profundas limitaciones en el caso de los trabajadores inmigrantes en situación de precariedad y/o de irregularidad.

En el caso real, sin embargo, estas conductas delictivas gozaron de plena impunidad y fueron objeto de publicidad en los medios de comunicación sin que desde los mismos se resaltara su condición de actos criminales, pero no es este hecho verdaderamente significativo el que conviene resaltar en este momento⁴⁶, sino su carácter de *síntoma* de ciertas prácticas de respuesta a la utilización del derecho de huelga por parte de los trabajadores inmigrantes. En alguna medida, este tipo de reacción está orientada por normas como la declarada inconstitucional que, pretextando una defensa noble de la nacionalidad española y de la paz social, como hace por ejemplo el Voto particular de los magistrados disidentes de la STC 236/2007, en realidad contienen una incitación a la contratación de trabajadores inmigrantes irregulares puesto que éstos, por obligación legal, no podrían realizar actividad sindical ni recurrir al ejercicio del derecho de huelga, creando así zonas de exclusión radical de derechos colectivos en trabajos de menor cualificación y de peores condiciones de trabajo. Lo que desde luego no es compatible con nuestro marco constitucional y así ha sido finalmente declarado en las decisiones tantas veces citadas.

⁴⁵ Cfr. BAYLOS Grau, Antonio y TERRADILLOS Basoco, Juan María. “*Derecho Penal del Trabajo*”. 2a. ed. Madrid, Trotta, 1997.

⁴⁶ La aceptación de la violencia de clase y de la xenofobia en los sucesos racistas de aquella comarca almeriense por parte de los medios de comunicación suscita elementos de reflexión muy preocupantes, como también la inexistencia de una acción de los poderes públicos de reacción frente al conocimiento de las conductas empresariales que conculcaron gravísimamente los derechos de los trabajadores inmigrantes de origen magrebí.