

LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS EXTRANJEROS SIN AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR

THE TRADE UNION FREEDOM OF FOREIGNERS WITH NO AUTHORIZATION TO WORK

CONSUELO NIETO ROALES-NIETO *
RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA **

Resumen: *Una de las causas fundamentales que potencian los movimientos migratorios es la necesidad de trabajo, en su expresión más primitiva, como medio de subsistencia. Esto genera una realidad específica: la existencia de trabajadores extranjeros al margen de la legislación que establece las condiciones para el ejercicio del derecho de trabajo. Al mismo tiempo, trasciende a la posibilidad del ejercicio de ciertos derechos fundamentales vinculados al trabajo, entre ellos, la libertad sindical. El artículo examina la compatibilidad de las disposiciones de extranjería que, a este respecto, condicionan el ejercicio de la libertad de sindicación a la autorización de estancia o residencia con el ámbito de aplicación del derecho de libertad sindical previsto en la Constitución española. El estudio no pretende establecer la viabilidad práctica de que un extranjero indocumentado que presta servicios pueda valerse del derecho de sindicación sino de la legitimidad de los resultados normativos de la aplicación de la ley de extranjería en contraste con la Constitución y con las Declaraciones y tratados internacionales.*

Palabras clave: *Extranjeros indocumentados; Trabajadores extranjeros; Libertad sindical.*

Abstract: *The need of working, intended in its most primitive expression, as a mean for subsistence, is one of the fundamental cau-*

* Alumna del Doctorado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

ses for the increasement of migratory movements. As a result, a peculiar situation arises: there are foreign workers to whom the law that regulates the right to work does not apply.

As trade union freedom is one of the fundamental rights related to work, it does not apply either. The article analyses the compatibility of the dispositions about foreigners that, in this respect, condition the exercise of the freedom of syndication, to the authorization of permanence in the country or residence permission with the scope of application of trade union freedom right provided by the Spanish Bill of Rights. The study does not try to establish the practical viability of the possibility for a foreigner to be covered by the right of syndication but the legitimacy of the normative implications when foreigner's law (Ley de extranjería) is applied confronted to the principles stated in the Spanish Constitution and in international treaties.

Key words: *Undocumented foreigners; Working foreigners; Union freedom.*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y METODOLOGÍA DE TRABAJO

El presente texto se ocupa del ámbito de aplicación del derecho de libertad sindical previsto en el artículo 28.1 de la Constitución Española (CE), con el fin exclusivo de verificar si entre sus titulares («todos tienen derecho a sindicarse libremente...») se encuentran los extranjeros que son sujetos de relaciones de trabajo sin habilitación legal para establecerlas.

El estudio examina la compatibilidad con el referido enunciado constitucional de disposiciones de la normativa de extranjería, que condicionan el ejercicio por los extranjeros de los derechos fundamentales de reunión, manifestación, asociación y libertad de sindicación a la autorización de estancia o residencia; y de huelga, a la autorización para trabajar¹. La exclusión del goce de estos derechos por los extranjeros que se encuentren en situación distinta de los supuestos previstos en la ley ha propiciado la presentación de varios

¹ La Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, y por la LO 11/2003, de 29 de septiembre. Las libertades de reunión y manifestación están previstas en el artículo 7.º; de asociación, en el artículo 8.º; de libertad de sindicación y huelga, en el artículo 11.

recursos de inconstitucionalidad admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional (TC), todavía pendientes de fallo².

El resultado dependerá de la extensión que se atribuya al ámbito subjetivo de los derechos fundamentales en cuestión. La incongruencia se produce en la medida en que no sea jurídicamente posible la restricción operada por la ley, en caso de un reconocimiento de la titularidad de estos derechos fundamentales a los extranjeros, independientemente de cualquier medida adicional.

Como todos los derechos fundamentales condicionados por el referido texto de ley a la autorización administrativa tienen vinculación con el contenido genérico del derecho de libertad sindical, el examen de la cuestión se restringirá aquí al artículo 28.1 de la CE.

La referencia hecha por la ley a los derechos de libertad de sindicación y de huelga se debe al reconocimiento de una realidad específica: el trabajo de extranjeros al margen de la legislación que establece las condiciones para su prestación. Los dispositivos legales examinados forman parte del conjunto de medidas para enfrentar este problema. Es necesario, así, verificar si la reacción del legislador, en los aspectos relacionados con la libertad sindical, se presenta adecuada ante lo que dicta el texto constitucional. No se trata de cuestionar, en actitud descriptiva, la viabilidad práctica de que un extranjero indocumentado pueda valerse del derecho de libertad sindical. El estudio se dirige a los resultados normativos de la aplicación de la ley. Es decir, de la finalidad que se extrae de su contenido de impedir que a partir de la realidad reconocida —trabajo irregular de los extranjeros—, se constituya otra realidad: la organización de estas personas para la defensa de los intereses que les son comunes en virtud de la realización de su trabajo. Según la lógica presente en la ley, la práctica que se cohibe nacería contaminada por el vicio que se verifica desde su origen e involucra, en todos sus aspectos, el eventual trabajo prestado al margen de la ley. El reco-

² Recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, Junta de las Comunidades de Castilla-La Mancha, Comunidad de las Islas Baleares, Junta de Extremadura y Principado de Asturias, por el Parlamento Vasco y por el de Navarra, por la Diputación general de Aragón y por el grupo parlamentario PSOE en el Congreso. Cfr. SALOMÉ PEÑA: «La historia reciente de la legislación española sobre derechos y libertades de los extranjeros y algunas de las actuaciones que ha provocado», en DE LUCAS, JAVIER; SOLANES, ÁNGELES, y PEÑA, SALOMÉ, *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*, Valencia, Germania, 2001, p. 24.

nocimiento de la inconstitucionalidad de la citada disposición legal rompería con esta lógica; el vicio existente en la relación de trabajo, bajo el punto de vista constitucional, no afectaría la legitimidad del derecho de libertad sindical.

El debate por tanto es bastante complejo: la posibilidad de que una persona que presta servicios, jurídicamente no habilitada para el trabajo, pueda disfrutar de un supuesto status de «trabajador», para fines del ejercicio de la libertad sindical.

El examen de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, entre los cuales se incluye el derecho de libertad sindical previsto en el artículo 28.1 de la CE, conlleva inexorablemente la determinación del alcance del artículo 13.1 de la CE, según el cual «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y las leyes».

De inmediato se nos depara la cuestión clave relativa al ámbito subjetivo del derecho contenido en el artículo 28.1 de la CE. Si se incluyen los trabajadores extranjeros indocumentados, sólo en la medida en que existan tratados o leyes asignando el derecho a este colectivo. El artículo 13.1 de la CE puede conducir al entendimiento de que el eventual derecho de libertad sindical de los extranjeros indocumentados no deriva directamente del contenido del artículo 28.1 de la CE. El derecho resultaría de un contenido contingente y adicional que sería incorporado por un tratado o una ley disponiendo en ese sentido. La posibilidad de su legítimo ejercicio se condicionaría a la incorporación del instrumento al ordenamiento español, de acuerdo con los cauces constitucionales. El hipotético resultado de esta interpretación sería separar la categoría de los extranjeros no documentados entre titulares y no titulares del derecho de libertad sindical. Los primeros serían los beneficiados por los tratados o leyes vigentes en el momento de la prestación de trabajo.

Sobre esta cuestión existe una dificultad añadida. Se refiere a la subsistencia, aunque de forma menos rígida que en otros tiempos, de fronteras jurídicas delimitando el Estado-Nación, vinculada a la posibilidad jurídica de restricciones dirigidas a los extranjeros para, entre otras cosas, realizar un trabajo dentro de un determinado espacio geográfico. Los tratados firmados para superar esas fronteras conciernen, en general, a la disciplina de la inclusión de derechos reconocidos a los nacionales referente a determinados fenómenos en que suele haber una disposición de reciprocidad de tratamiento.

La habilitación para el trabajo, en condiciones de igualdad a los nacionales, para actividades y áreas específicas o en el plano global, acarrea, como regla, el reconocimiento de todos los derechos derivados de la realización del trabajo. Difícilmente un tratado incluiría el derecho de libertad sindical sin admitir el hecho que le da origen.

Así cabe examinar, pese a la redacción del artículo 13.1 de la CE, si es posible vislumbrar el ejercicio legítimo de algún derecho fundamental por los extranjeros, con independencia de los tratados o leyes disponiendo sobre ellos. A los fines de este estudio, significa la posibilidad de extraer del propio contenido esencial del artículo 28.1 de la CE el fundamento para el ejercicio del derecho por los extranjeros, sin que la base de sustentación sea específicamente los tratados o las leyes.

En este caso, los tratados sirven no para constituir el derecho, sino como elementos interpretativos genéricos para el reconocimiento del derecho de libertad sindical a todo y cualquier extranjero indocumentado, a partir de la CE, en el sentido del artículo 10.2.

Son estos los puntos que orientarán la línea argumentativa para abordar la problemática y llegar a una conclusión sobre ella. Ese trayecto se traduce en el análisis de los tres puntos nucleares, que constituyen etapas sucesivas condicionantes del resultado, en que el paso a la siguiente depende de la confirmación de la anterior. El primero consiste en el examen de la existencia en la CE de un cuerpo de derechos fundamentales de extranjeros con independencia de tratados o de leyes que los reconozcan. El segundo, de disposiciones internacionales que puedan servir de elementos auxiliares a la interpretación del artículo 28.1 de la CE, en los términos del artículo 10.2 de la CE, para identificar en su contenido el derecho de libertad sindical de los extranjeros no documentados. El tercero se refiere a la inclusión del derecho de libertad sindical en el bloque de los derechos reconocidos a los extranjeros directamente por la CE.

2. EL ARTÍCULO 13.1 DE LA CE

Sobre la existencia de derechos fundamentales de los extranjeros en España, cuyo reconocimiento resulte de la propia CE, o más bien del propio contenido esencial de los derechos fundamentales previstos en la CE, el TC se ha posicionado al respecto, de manera que este punto no ofrece dificultades. Según su conocida doctrina, «los

extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 de la CE)». Los derechos no así referidos estarían fuera de ese ámbito, «como el reconocido en el artículo 23 de la CE, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene». Por otro lado, está la categoría de derechos titularizados por los extranjeros, «en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales». En estos se incluyen los derechos «relativos al trabajo, a la protección de la Seguridad Social y a la asistencia sanitaria»³.

En la sentencia pionera (107/1984), el TC subraya que el envío a los tratados y a la Ley no implica «desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas». Se trata de derechos «dotados —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal».

La previsión de un contenido de configuración legal, sin excepciones, puede llevar a la conclusión de que no existe un contenido directamente constitucional susceptible de tutela. Pero, en seguida, se afirma que esta «configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros». El Tribunal dice cuales son los derechos que ahí se encuadran: los «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano», y, para no dejar dudas, especifica que son «aquellos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana». Como ejemplo cita «el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.». Y añade que estos derechos «corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles».

Aunque no esté muy claro el rango del contenido del derecho fundamental de los extranjeros vinculados a la dignidad de la per-

³ MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE: «Evolución Constitucional y Derecho del Trabajo», en *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, A. P. MORENO (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 106. Se hace mención a las Sentencias del TC 107/1984, 99/1985, 115/1987, 94/1993, 130/1995 y 95/2000.

sona humana, en la mencionada sentencia, la clave está en la imposibilidad de un tratamiento desigual respecto a los españoles, en razón de la necesidad de una tutela indiferenciada de la dignidad humana. La existencia de un contenido de garantías y facultades previstas para determinados derechos fundamentales, indisponible a la acción del legislador, se aplica a todos los que sean sus titulares. El tratamiento igualitario en el ejercicio de estos derechos sólo será posible si se reconoce a los extranjeros las mismas garantías y facultades a partir de la Constitución, con independencia de cualquier ley o tratado previendo su existencia. Conclusión diversa resultaría de diferenciación de trato y la consagración de una dignidad de segunda clase para los extranjeros.

El TC posiciona el valor de la dignidad humana en rango superior a cualquier condicionamiento proveniente de la legislación, de los tratados internacionales o de la situación jurídica de los extranjeros. La nacionalidad como valor localizado cede al valor universal del ser humano como la medida y fin de todas las cosas.

Constatada la existencia de derechos fundamentales en cuyo ámbito se incluyen los extranjeros, independientemente de cualquier medida complementaria, sea en el sentido de aprobar una ley o ratificar un tratado, el próximo paso se refiere a los elementos que los instrumentos internacionales pueden aportar a la interpretación del ámbito material del artículo 28.1 de la CE, para verificar si entre sus titulares se incluyen los extranjeros no autorizados al trabajo.

3. LA LIBERTAD SINDICAL EN LAS DECLARACIONES Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES. LA TITULARIDAD Y EL CONTENIDO DEL DERECHO. LA OIT

El derecho de libertad sindical es objeto de variados instrumentos internacionales y comunitarios, figurando hoy prácticamente en la totalidad de los que se refieren a los derechos humanos. Hay pequeñas variaciones entre los dispositivos que lo garantizan, pero sin referencia alguna a restricciones por razón de nacionalidad. La libertad sindical consta expresamente, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 1966, en el Convenio Euro-

peo para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 1950, en la Carta Social Europea, de 1961, en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, de 1989, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000.

Toda y cualquier disposición sobre libertad sindical, sea en ámbito nacional, regional o internacional, no puede dejar de tener en cuenta la precisión del contenido de ese derecho desarrollado por la entidad internacional especializada en materia laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La libertad sindical posee una especial importancia para las actividades de la OIT, considerando que se trata de un derecho que está asociado de manera importante a su estructura tripartita. Sin el efectivo goce de la libertad sindical en todos los Estados miembros, los debates entre los actores sociales y los representantes de los diversos gobiernos en la OIT serían completamente desvirtuados, afectando al contenido y a la legitimidad de la normativa internacional del trabajo.

No es sólo por esta razón que el derecho de libertad sindical se sitúa en el rango máximo para esta organización. Existe una conexión entre ese derecho y los derechos fundamentales en general. El ejercicio de la libertad sindical, aparte de su importancia para el nivel de condiciones de trabajo, favorece el desarrollo de los seres humanos en su plenitud. Así como depende de otros derechos fundamentales, contribuye, al mismo tiempo, para el efectivo goce de todos los demás.

Los convenios internacionales sobre libertad sindical, en especial los números 87 y 98, fueron adoptados en un contexto de revaloración de los derechos humanos como un todo. La aprobación de estos convenios en la misma época de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es resultado de la interdependencia entre los derechos que forman estos dos documentos⁴. Además de su originaria misión dirigida a las cuestiones económicas y sociales, la OIT, a partir de la Declaración de Filadelfia, pasa a concentrar la atención a la promoción del «desarrollo espiritual de la persona, en condiciones de libertad y dignidad»⁵. Esa revalorización de los dere-

⁴ Cfr. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO: «OIT, derechos humanos y libertad sindical», en *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo I, 1999, p. 3.

⁵ LEE SWEPSTON: *La OIT y los derechos humanos: del Tratado de Versalles a la nueva Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en*

chos humanos como un todo forma parte de un nuevo paradigma jurídico, surgido tras la Segunda Guerra Mundial, por el cual la protección de los derechos humanos deja de ser una cuestión interna para reclamar protección más allá del Estado nacional⁶.

Son diversos los derechos expresados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos sin cuya observancia el derecho de libertad sindical quedaría comprometido. La libertad y la seguridad de la persona, la protección contra la prisión y detención arbitraria, la libertad de opinión y expresión, de reunión, derecho a un proceso regular por tribunales independientes y protección al derecho de propiedad de las organizaciones sindicales son algunos de los derechos esenciales de la libertad sindical⁷. Este derecho debe ser considerado como «la suma de todos los derechos y libertades imprescindibles para que puedan existir y funcionar eficazmente sindicatos democráticos que estén en condiciones de defender y promover los intereses de los trabajadores»⁸.

La Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo, aprobada en 1998, por la OIT, completa este ciclo, al confirmar la posición de supremacía del derecho de libertad sindical. La declaración no expresa nuevos contenidos o titulares, sino que menciona los principios y derechos fundamentales según los convenios de la OIT.

En razón de la importancia de la libertad sindical en el desarrollo de la personalidad humana, existe una tutela específica y diferenciada, mereciendo subrayar la actuación del Comité de Libertad Sindical⁹. El Comité aprecia quejas de violaciones de este derecho,

el trabajo, RL, pp. 117-188. JOSÉ LUIS GIL Y GIL Y TATIANA USHAKOVA: «La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo», en *Documentación Laboral*, n.º 59, ACARL, 1999, pp. 101 y ss.

⁶ LUIGI FERRAJOLI: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 144.

⁷ En 1970, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Resolución «sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles». Cfr. GERALDO VON POTOBOSKI, «El Convenio n.º 87, su impacto y la acción de la OIT», en *Revista internacional del trabajo*, Vol. 117, n.º 2, Ginebra, OIT, 1998, p. 235.

⁸ OIT. *Las normas internacionales del trabajo*, Manual de Educación Obrera, 4.ª ed., Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1998, p. 117.

⁹ Sobre la actuación del Comité, BERNARD GEMIGNON: «El Comité de Libertad Sindical de la OIT: características principales e influencia en España», en *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo I, 1999.

con independencia de la ratificación de los convenios, con tal de que el Estado sea miembro de la OIT. A partir del examen de los casos, ha sido posible la elaboración de un cuerpo de principios que orientan no sólo la resolución de los problemas concretos, sino que sirven de directrices para las legislaciones y jurisprudencia nacionales, como parámetro de ajuste del ordenamiento interno a la interpretación realizada por la OIT¹⁰. Es en razón de la reconocida autoridad de la labor del Comité que se definen sus funciones, calificándolas de «casi judiciales». Su doctrina, al complementar los convenios, ofrece una interpretación del contenido explícito e implícito de la libertad sindical¹¹. Ese trabajo fue fundamental al reconocimiento de la «validez internacional de los principios de la libertad sindical y en haber establecido que los gobiernos, hasta cierto punto, deben rendir cuentas internacionalmente por la política sindical que aplican»¹².

El convenio 87 garantiza la titularidad del derecho a todos los trabajadores y empleadores «sin distinción». El Comité de Libertad Sindical afirma los derechos sindicales de los extranjeros, sin la posibilidad de discriminación por este motivo, ni el requisito de reciprocidad es aceptable para justificar la no concesión de estos derechos¹³. De la misma manera, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha considerado que vulnera el principio de libertad sindical las restricciones relacionadas con la nacionalidad, incluso en los casos en que «la afiliación sindical de los extranjeros está sujeta a condiciones de residencia»¹⁴.

Respecto al contenido del derecho, el Comité de Libertad Sindical junto a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendación «han construido una sólida doctrina para integrar

¹⁰ *Libertad sindical y negociación colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 81.ª Reunión, Ginebra, OIT, 1994, p. 8.*

¹¹ JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET y JAIME YANINI BAEZA: «Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social, internacional y comunitario*, n.º 2, 1997, p. 72.

¹² *OIT. Las normas internacionales...*, cit., p. 128.

¹³ *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración*, 4.ª ed. (revisada), Ginebra, OIT, 1996, p. 48, párrs. 208 a 211.

¹⁴ *Libertad sindical y negociación colectiva. Informe...*, cit., pp. 30-1, párrs. 61 y 63.

dentro del derecho a la libertad todo tipo de actividad sindical relativa a la defensa de los derechos de los trabajadores (reuniones, manifestaciones, publicaciones, etc.) y, más en concreto, el derecho a la negociación colectiva (que aparece como tal de forma diferenciada en la Declaración de 1998) y el derecho de huelga, pese a que no figura expresamente en el Convenio 87...»¹⁵. El derecho de libre negociación de las condiciones de trabajo con los empleadores «constituye un elemento esencial de la libertad sindical»¹⁶. De la misma manera, la huelga es un «elemento esencial del derecho sindical»¹⁷. El fundamento jurídico está en el artículo 3 del Convenio 87, que incluye la libertad de organizar las actividades y los programas de acción, y también el artículo 10, donde se prevé el fomento y la defensa de los intereses de los trabajadores por las organizaciones libremente creadas¹⁸. Además, «el derecho de huelga es el corolario lógico del pleno ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Sin él, la negociación puede resultar intrascendente e inoperante»¹⁹.

El Comité en su Informe número 327, caso 2.121, se ha pronunciado sobre el supuesto específico que se examina. Se trata de queja contra el Gobierno de España por la denegación en la referida ley de los derechos de sindicación, huelga, reunión, manifestación, asociación y negociación colectiva a los trabajadores extranjeros «irregulares». El Gobierno, en defensa de los dispositivos legales, invoca toda la problemática relacionada con la inmigración irregular, incluso de las mafias que son ilícitamente beneficiadas y reproducen la situación de irregularidad. Sin embargo, el Comité, en sus con-

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO: «La libertad sindical y el Convenio 87 (1948) OIT», en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo I, 1999, p. 137.

¹⁶ *La libertad sindical. Recopilación...*, cit., pp. 171 y 174, párrs. 782 y 799.

¹⁷ *Libertad sindical y negociación colectiva. Informe...*, cit., p. 69, pár. 146.

¹⁸ ALBERTO ODERO: «El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: los principios de la OIT», *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo I, 1999, p. 169. Ver tb. B. GERNIGON et al.: «Principios de la OIT sobre el derecho de huelga», *Revista internacional del Trabajo. OIT*, vol. 117 (1998), n.º 4, p. 473.

¹⁹ *Su voz en el trabajo. Informe del director general. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 88.ª Reunión, 2000.

clusiones, recuerda al Gobierno el contenido del artículo 2 del Convenio número 87, donde se reconoce el derecho de los trabajadores, sin distinción alguna y sin previa autorización, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, siendo la única restricción la autorizada por el artículo 9, referida a las fuerzas armadas y a la policía. Procede en el caso una interpretación extensiva del concepto trabajador.

Del juicio del Comité es posible inferir que los derechos humanos no juegan sino para dispensar protección a la persona humana en toda y cualquier circunstancia. La limitación o eliminación de estos derechos, aunque sea bajo el argumento de que pueda traer algún beneficio indirecto, es inconcebible.

Otro aspecto relevante es la separación entre Estado y sindicato y la relativa autonomía entre la actividad sindical y legalidad. En los debates que antecedieron la aprobación del Convenio 87, los representantes de los empleadores pretendían una mayor vinculación entre ley y actividad sindical. Al final se consagró una especie de término medio, por el que esa actividad no depende de previsión expresa en la ley y no puede ser por ella menoscabada o reducidas sus garantías, pero, por otro lado, no puede contrariar la legalidad²⁰. Siendo así, la libertad sindical no se condiciona a cualquier acto estatal o medida legislativa para legitimarse. El resultado de la acción sindical es que puede ser objeto de un juicio de legalidad.

En efecto, de la interpretación del ámbito subjetivo del artículo 28.1 de la CE, con el auxilio de los instrumentos internacionales (art. 10.2 de la CE), es posible reconocer, a partir de su propio contenido, a los extranjeros como titulares del derecho en la misma extensión reconocida a los españoles. Además, el derecho de libertad sindical en la CE alcanza tanto un genérico derecho de negociación colectiva, como de huelga²¹.

²⁰ JEAN-MICHEL BONVIN: *L'organisation internationale du travail. Étude sur una agence productrice de normes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 209 y ss.

²¹ Cfr. FERNANDO VALDÉS DAL-RE: «El derecho a la Negociación Colectiva en la Jurisprudencia Constitucional», en *Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social*, Madrid, MTAS, 1996, pp. 119 y ss.

4. LA VINCULACIÓN ENTRE LIBERTAD SINDICAL Y DIGNIDAD HUMANA

Según la referida doctrina del TC, los extranjeros se benefician de los derechos fundamentales en las mismas condiciones que los españoles, en aquellos derechos vinculados directamente a la protección de la dignidad humana.

En principio se podría argumentar con la consagración del derecho de libertad sindical en los ordenamientos jurídicos democráticos y en prácticamente todos los documentos internacionales referidos a los derechos humanos que la importancia que se atribuye a ese derecho indica la vinculación entre su tutela y la dignidad humana.

Sin embargo, al pronunciarse el TC que no todos los derechos fundamentales poseen una vinculación directa con la protección de la dignidad humana, es necesario verificar cuál es el elemento de diferenciación. En la mencionada Sentencia 107/1984, quedó expresado que estos derechos son aquellos vinculados a la persona en cuanto tal y no en la condición de ciudadana. Basándose en este criterio, no hay dudas en afirmar que la libertad sindical es un derecho fundamental de toda persona y no sólo de los ciudadanos. Es suficiente invocar la mencionada separación entre el derecho de libertad sindical y la actuación del Estado.

Aunque el Tribunal estuviera enviando la solución del problema a un criterio meta-positivo, no sería posible excluir la libertad sindical del grupo de derechos vinculados a la dignidad humana.

En este caso, el criterio sería buscado fuera de las disposiciones del ordenamiento jurídico positivo y, por lo tanto, no podría ser resuelta en el ámbito de la teoría del Derecho, sin el auxilio de una teoría de la Justicia. Esto involucra el complejo debate sobre el fundamento de los derechos y exige una toma de postura en torno a una determinada concepción de Estado de Derecho²².

Sobre lo que debe informar un sistema de derechos para que pueda encuadrarse en el concepto de Estado de Derecho existe una

²² Sobre todo si se considera que «no todo Estado es Estado de Derecho» o, para ser más preciso, «no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho... el hecho de que un Estado se sirva de un sistema normativo jurídico». ELIAZ DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, octava edición, tercera reimpresión, Madrid, Taurus, 1984, p. 17.

profunda controversia, que es natural si se considera la localización del tema entre los planos del Derecho y de la Moral. No obstante, parece ser posible establecer una aproximación, si se acepta una relación entre estos dos planos²³.

En la etapa actual, el concepto de Estado de Derecho está muy próximo del de Estado Democrático. Ambos se dirigen a establecer garantías contra el ejercicio de poderes organizados, con el objetivo de evitar que un determinado modelo de vida no sea impuesto a una colectividad. Son los individuos que la integran los legitimados a decidir sobre sus destinos. El elemento nuclear del Estado Democrático de Derecho consiste en establecer condiciones para que los individuos elaboren sus planes de vida y tengan posibilidades de perseguirlos. Es impensable un Estado Democrático de Derecho sin la tutela de la autonomía de la voluntad. Pero no es suficiente un modelo liberal de Estado de Derecho. Al lado de la autonomía de la voluntad es necesario garantizar estrategias de acción colectiva para que determinados objetivos puedan ser concretados, aparte de unas condiciones sociales mínimas para que esa autonomía logre resultados. Todo debe ser decidido suponiendo la participación de los propios interesados. La legitimidad del poder está constantemente puesta en cuestión por los que son directamente afectados. Eso sólo se alcanza en la medida en que son aseguradas a todas las personas las condiciones para formular juicios críticos, mediante el ejercicio de la autonomía.

A pesar de la complejidad de la cuestión, parece suficiente, para los fines de este estudio, la vinculación entre Estado de Derecho y autonomía de la voluntad. El aparato de poder y los mecanismos de control sólo pueden operar en función de que esa garantía fundamental al desarrollo de la personalidad humana sea efectiva. En consecuencia, podría entenderse que los derechos y garantías vinculados directamente a la tutela de la autonomía de la voluntad se encuentran comprendidos en el bloque en el que el TC reconoce a los extranjeros, sin diferenciación respecto a los españoles, por su relación con la protección de la dignidad humana.

La vinculación histórica entre libertad sindical y dignidad humana es incuestionable. La consagración de este derecho fue producto de una larga lucha dado que la autonomía individual, pre-

²³ Cfr. RAFAEL DE ASÍS: *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, 1999.

vista en el plano formal, no tenía correspondencia en la práctica. Por esto, la libertad sindical aparece en instrumentos nacionales e internacionales.

El reconocimiento del derecho de libertad sindical a los extranjeros indocumentados puede sugerir contradicción si se trata de garantizar una posición jurídica ante el Estado. Sin embargo, su relevancia está en el efecto horizontal (*Drittwirkung*). El ejercicio del derecho se dirige sobre todo a aquellos que se aprovechan de la situación irregular de estas personas, para someterlas a condiciones de trabajo inhumanas. De manera alguna eso conduce a la regularización del trabajo o puede servir al trabajador de fundamento para satisfacer una pretensión de preservación de la situación irregular. Tampoco exime el tomador del trabajo de las responsabilidades previstas por los actos practicados.

Lo que no significa que no se pueda admitir efectos verticales a los derechos fundamentales de este colectivo. La posibilidad de cuestionar el ejercicio del poder estatal en el Estado de Derecho, en la acepción de manifestarse sobre él o establecer algunas estrategias de contrapoder, es una facultad de todas las personas afectadas, no sólo de los ciudadanos o nacionales. Pero esta modalidad de participación derivada de la autonomía tampoco equivale al reconocimiento de una situación de participación política en igualdad de condiciones con los ciudadanos.

Una pretensión de igualdad en este sentido, en términos de legitimidad, es válida, puesto que, en la actualidad, se cuestiona la ciudadanía como «el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales»²⁴.

Lo que es incuestionable es que los condicionamientos a medidas estatales para el ejercicio de derechos fundamentales previstos en la legislación de «extranjería convierte a los extranjeros en situación administrativa irregular en no-sujetos, al no reconocerles prácticamente ningún derecho y les condena a vivir y a trabajar en condiciones de explotación y marginalidad»²⁵.

²⁴ FERRAJOLI: *Ibid.*, p. 117.

²⁵ ÁNGELES SOLANES: «Sujetos al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles», en *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos...*, cit., p. 57.

Esa realidad viola la CE, en la medida en que en sus disposiciones no se conciben situaciones desfavorables a la dignidad de la persona humana, sea española o extranjera.

5. CONCLUSIONES

- I. El reconocimiento del derecho fundamental de libertad sindical a los extranjeros en España depende de la confirmación de tres etapas: existencia de un conjunto de derechos fundamentales de los extranjeros a partir del propio contenido de los derechos previstos en la CE; interpretación, con el auxilio de los tratados internacionales, del derecho de libertad sindical, en el sentido de figurar entre sus titulares los extranjeros, sin cualquier restricción; y la inclusión del derecho de libertad sindical en este conjunto de derechos cuya fuerza normativa tiene origen directa en la Constitución.
- II. De acuerdo con la doctrina del TC, los derechos fundamentales de los extranjeros son constitucionales, pero, en cuanto al contenido, son de configuración legal. Sin embargo, los derechos vinculados a la dignidad de la persona humana deben ser garantizados, en su ejercicio, sin distinciones con los españoles. Para que el ejercicio se de en las mismas condiciones, es necesario que las garantías sean indiferenciadas.
- III. La previsión de un núcleo esencial de los derechos fundamentales vinculados a la dignidad de la persona, indisponible al legislador, es también extensible a los extranjeros. Una interpretación diversa implica la distinción en el ejercicio de estos derechos y en la dignidad de los extranjeros en comparación con la de los españoles.
- IV. La libertad sindical, de acuerdo con las normas internacionales, beneficia a todos los extranjeros, con independencia de permiso de residencia o autorización para el trabajo. Es decir, su ejercicio legítimo no depende de cualquier acto estatal. De acuerdo con el artículo 10.2 de la CE, este es un importante elemento para la determinación del alcance del artículo 28.1 con relación a los extranjeros.

- V. La libertad sindical favorece los derechos fundamentales y al mismo tiempo se beneficia del ejercicio de todos ellos. Además, su contenido comprende un genérico derecho de negociación colectiva y de huelga.
- VI. La libertad sindical es un derecho vinculado a la dignidad humana, no sólo por su previsión en todos los ordenamientos jurídicos democráticos y en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino también por constituir un importante elemento de justificación del modelo de Estado de Derecho basado en la autonomía de la voluntad.
- VII. Confirmada la superación de las etapas, como inicialmente se propuso, se deduce que existe incompatibilidad entre las disposiciones legales de la Ley de Extranjería que restringen el ejercicio de derechos fundamentales vinculados a la dignidad humana y la CE.