ISSN: 2792-7970

El derecho a la libertad sindical de los trabajadores extranjeros en España: exclusiones, controversias y problemas prácticos

The right to freedom of association of foreign workers in Spain: exclusions, disputes and practical problems

Belén del Mar López Insua *Catedrática (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada*
https://orcid.org/0000-0002-1248-6015

Cita Sugerida: LÓPEZ INSUA, B.M.: «El derecho a la libertad sindical de los trabajadores extranjeros en España: exclusiones, controversias y problemas prácticos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Nº Extraordinario 2 (2024): 189-205.

Resumen

Los extranjeros en situación irregular administrativa en España se encuentran desprovistos, en muchos casos, de protección y de una mínima garantía de sus derechos fundamentales a causa, principalmente, del establecimiento de unas políticas migratorias restrictivas y poco respetuosas. A buen ejemplo, la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 excluye del derecho de libre sindicación a los extranjeros en situación irregular administrativa. Algo que, finalmente, fue objeto de inconstitucionalidad en el año 2007 y, posteriormente, modificación por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000. Pese a tratarse la libertad sindical de un derecho fundamental vinculado a la dignidad de la persona como tal, ha quedado rebajado y desprotegido durante siete largos años. Y, todo ello, a causa de una interpretación "in peius" y restrictiva que introduce el legislador español en cuanto a lo que disponen las leyes y la normativa internacional. Si lo que se pretende es alcanzar una sociedad más inclusiva, primeramente, habrán de respetarse los derechos fundamentales. De lo contrario, nos veremos abocados al desmoronamiento de las bases mismas de nuestro Estados Social y Democrático de Derecho.

Palabras clave

extranjeros; irregular; libertad sindical; derechos fundamentales y dignidad

Abstract

Foreigners in an irregular administrative situation in Spain are in many cases deprived of protection and a minimum guarantee of their fundamental rights, mainly because of the establishment of restrictive and disrespectful migration policies. For example, LO 8/2000 of 22 December, which amended Organic Law 4/2000, excluded from the right to free association foreigners in an irregular administrative situation. This was finally unconstitutional in 2007 and subsequently amended by LO 2/2009, dated 11 December, amending LO 4/2000. Although trade union freedom is a fundamental right linked to the dignity of the individual as such, it has been reduced and unprotected for seven long years. And, all this, because of a "in peius" and restrictive interpretation introduced by the Spanish legislator as to what is provided by international laws and regulations. And, all this, because of a "in peius" and restrictive interpretation introduced by the Spanish legislator as to what is provided by international laws and regulations. If a more inclusive society is to be achieved, fundamental rights must first be respected. Otherwise, we will be faced with the collapse of the very foundations of our Social and Democratic States of Law.

Keywords

foreign; irregular; trade union freedom; fundamental rights and dignity

"Si la sociedad ha de alcanzar su fin, tiene que servir de estrella conductora este pensamiento de la solidaridad de los intereses de ambas partes; el que aprovecha la relación para perseguir el provecho propio en lugar del provecho colectivo…"

Rudolf V. Ihering[1]

[1] V. Ihering, R: *El fin en el derecho*, Estudio Preliminar "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho" por José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2011, pág. 107.

1. LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR: UNA ETERNA LUCHA POR LA REIVINDICACIÓN DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los incesantes movimientos migratorios de trabajadores en el mercado interior europeo en busca de nuevas oportunidades de vida y trabajo, viene ocupando desde hace tiempo un lugar primordial entre las cuestiones que más preocupan a la ciudadanía. Es harto significativo que esta materia figure como elemento clave y fundamental en la agenda de la Unión para alcanzar el grado óptimo de desarrollo económico, de cohesión e integración social que tanto necesita el conjunto de Estados miembros. No obstante, a pesar del intenso debate que todo esto ha generado, lo cierto es que la respuesta que han otorgado los distintos Estados miembro ha sido muy dispar[2]. Lo que hace plantear ciertas dudas en torno al concepto de ciudadanía inclusiva que tanto se predica desde el ámbito de la Unión Europea.

En efecto, la relación entre inmigración y ciudadanía no debe nunca deslindarse de la garantía misma de los derechos fundamentales y, por lo que aquí interesa, del respeto al derecho de libertad sindical que reconoce la misma Carta Magna. Se parte del respeto al principio de igualdad real de trato en la atribución de tales derechos, y, lógicamente, contrarrestando las tendencias recientes a la reducción de los estándares que trabajosamente han venido alcanzándose. Y es que, como bien indica la doctrina científica, una "ciudadanía inclusiva" ha de sustentarse *en* el pleno reconocimiento de todos los derechos fundamentales. De lo contrario, los derechos sociales pasarán de ser pieza elemental para la construcción de un concepto de ciudadanía inclusiva[3] a convertirse en arma arrojadiza para la mercantilización de las relaciones laborales, la desregulación de las condiciones de trabajo y la desprotección social.

En los países de la Unión y, en particular en España, la inmigración continúa siendo uno de las cuestiones sociales que más atención ha acaparado en los distintos medios de comunicación y ello es porque, ciertamente, constituye esta región natural receptora de constantes flujos migratorios. El establecimiento en España de un sistema de políticas migratorias de retorno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, no ha hecho más que hacer peligrar los parámetros constitucionales para el respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, fundamentalmente, en situación irregular administrativa. Y ello es porque no existe una identidad perfecta entre la situación reguladora de las políticas de inmigración y el derecho al acceso a determinadas derechos. Por lo que, al término, el trabajador extranjero irregular que no cumpla con las condiciones que establece la legislación española (en concreto, con la autorización pertinente para residir y trabajar)[4] se verá abocado a sufrir un debilitamiento en su estatus laboral y de ciudadanía social[5].

Lo que plasma una cierta idea de justicia distributiva que contradice, claramente, lo dispuesto por la Organización Internacional del Trabajo para la protección multinivel de los derechos fundamentales y de atención social pública a las personas migrantes[6]. En este sentido, todos los Estados deberán adoptar medidas sostenibles y adaptadas a las circunstancias nacionales y, todo

[2] López Insua, B.M: "La protección frente al desempleo de las personas emigrantes de la Unión Europea" en VV.AA., Fernández Avilés, J.A (Dir) y Durán Bernardino, M. (Coord)., *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Navarra, Aranzadi, 2017, págs. 573-575.

[3] Monereo Pérez, J.L: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº41, 2016, pág. 8 en su versión digital.

[4] González Ortega, S.: "El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes", en VV.AA., González Ortega, S (Coord)., *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 241.

[5] Cabeza Pereiro, J.: *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Murcia, Laborum, 2015, pág. 45.

[6] Monereo Pérez, J.L: "Artículo 53. Nivel de protección", en VV.AA., Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L (Dir y Coord)., *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 1404-1406.

ello, de acuerdo con los Tratados y Acuerdos Internacionales y el respeto a la dignidad humana que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución Española (en adelante CE) -como paradigma para la garantía del resto de derechos fundamentales-[7]. Por todo ello, el artículo 10.1 de la CE constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex artículo 13 de la CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de concreción del derecho a la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten concretar en qué medida es imprescindible para el respeto a la dignidad humana en el sentido de lo dispuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados Internacionales[8].

En efecto, el Tribunal Constitucional parte del derecho a la dignidad de la persona para interpretar el contenido del artículo 13 del Texto Constitucional, en donde se dice que: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley". De acuerdo con este último artículo, el legislador no puede negar los derechos que la propia Carta Magna reconoce a los extranjeros en España (sentencia Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio), aunque si puede establecer condicionamientos adicionales. Y, de igual modo, podrá regular los derechos de los que son titulares los extranjeros de acuerdo con lo dispuesto por los Tratados Internacionales y las leyes que los desarrollen.

En este sentido, todas las personas gozarán de los siguientes derechos que recoge la CE:

Primero, derecho a la igualdad entre españoles y extranjeros. Se tratan éstos de derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana e inherentes a la persona como tal (por mandato Constitucional). Dentro de este apartado, el Tribunal Constitucional[9] recoge los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica. A estos se añaden los derechos a la tutela judicial efectiva, a la asistencia jurídica gratuita de letrado[10], a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo o religión, así como el derecho a la libertad personal y la seguridad[11], el derecho a la educación de los menores[12] y el derecho a la huelga[13]. No es necesario aquí disponer de una situación administrativa regular en España, pues son derechos que les corresponden -en igualdad de condiciones- a todas las personas.

Segundo, derechos que se desprenden de la dignidad y que se reconocen expresamente a los extranjeros por la CE, pero que el legislador podrá modular respetando siempre su contenido esencial y en atención a su situación administrativa. Indica de modo reiterado el Tribunal Constitucional que el requisito de "nacionalidad" constituye presupuesto necesario para el acceso a los derechos que aquí enumera y, entre los que se encuentra, los derechos a la reunión, manifestación, asociación y libre sindicación (excluyendo el derecho a afiliarse a una organización sindical)[14]. En este punto, el legislador podrá modular el ejercicio que de estos derechos se haga para los extranjeros que no tengan autorización de residencia o estancia en España, siempre y cuando esa modulación legal respete el contenido constitucional declarado de esos derechos. Ahora bien, lo que no puede el legislador es

[7] Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

[8] Kahale Carrillo, D.T: "La inconstitucionalidad de la libertad sindical de la Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Temas Laborales,* núm. 95/2008, pág. 242.

[9] Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre.

[10] Sentencias del Tribunal Constitucional 99/1985, 95/2003 y 236/2007.

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987.

[12] Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007.

[13] Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007.

[14] Sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007, 260/2007, 261/2007, 62/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007.

denegar, sin más, el ejercicio de estos derechos a los extranjeros que carezcan de autorización de residencia o estancia en España[15].

Tercero, derechos que no cabe atribuir a los extranjeros al tratarse de derechos de carácter político. Entre estos derechos se encuentran los reconocidos por el artículo 23 de la CE y los referidos, exclusivamente, a la ciudadanía española (a excepción de los derechos al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales). Se tratan de derechos relacionados con la soberanía estatal.

Finalmente, derechos que no son inherentes a la dignidad y que no reconoce expresamente la CE a los extranjeros. Se recogen aquí un catálogo de derechos que queda condicionado a lo que dispongan los tratados y las leyes, por lo que admiten diferencias de trato. Dentro de este apartado se encuentran los derechos a la libre circulación (artículo 19 de la CE), el derecho al trabajo (artículo 35 CE), a la Seguridad Social (artículo 41 CE) y el derecho a la salud (artículo 43 CE). Se podrán aquí establecer para los extranjeros condicionamientos adicionales para el disfrute de estos derechos, siempre que se respeten las prescripciones constitucionales. Principalmente, se establece como condicionante el que los extranjeros se encuentren en situación irregular administrativa en España (en los términos que regula la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -LOEXIs-). No obstante, se han establecido modulaciones al respecto tras las distintas sentencias recaídas por parte del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

El derecho a la libertad sindical que recoge el Texto Constitucional en el artículo 28.1 ha sido objeto de una acalorada disputa en sede doctrinal y judicial debido al carácter abierto con que la CE define el disfrute del mismo, a saber: "Todos tienen derecho a sindicarse libremente…".

Principalmente, el litigio se ha centrado en la exclusión o no de los extranjeros en situación irregular administrativa en España. Lo que, al término se ha vinculado también con otros conflictos acerca del disfrute de los extranjeros de los derechos fundamentales a la reunión, manifestación, asociación y huelga. En efecto, la exclusión de una parte poblacional del disfrute de estos derechos fundamentales ha determinado la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad[16].

[15] Palomar, A. y Vázquez, J.: "Libertad sindical y huelga de los extranjeros", *V/Lex*, 2008.

[16] A buen ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, en donde se analiza la posible inconstitucionalidad del art. 8 de la LOEXIs que reconocía el derecho de asociación a los extranjeros sólo cuando éstos tuvieren autorización de residencia o estancia en España. Para solventar el problema, en primer lugar, el Alto Interprete de la Constitución analiza el alcance del derecho de asociación; determinado éste, pasa a indagar la vinculación del derecho de asociación con la dignidad de la persona, con la finalidad de establecer si el condicionante establecido por la norma para su ejercicio -tener permiso de estancia o residencia- era constitucional o no.
Haciendo una remisión al contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional 67/1985, de 24 de mayo y aplicando la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 20.2), el art. 22 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 del Convenio de Roma, comprende "tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse"; concretando que ese derecho se manifiesta a través de cuatro dimensiones complementarias: 1) La libertad de crear asociaciones y de adscribirse a las avocaciones creadas; 2) La libertad de no asociarse y dejar de pertenecer a asociaciones; 3) La libertad en su organización y funcionamiento, sin injerencias por parte de los poderes públicos; 4) La dimensión "inter privatos", que garantiza un haz de facultades de los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan, o en su caso, a los particulares respecto de las asociaciones a las que pretendan incorporarse".
Por otra parte, el Tribunal Constitucional entiende que el derecho de asociación se vincula inescindiblemente a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, al proteger la sociabilidad como una dimensión esencial de la persona, siendo un elemento "necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los Tratados internacionales 'lo proyectan universalmente' y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negativa de su ejercicio a los

Una de los puntos más candentes ha sido, precisamente, la existencia de una normativa internacional y comunitaria respetuosa con los derechos de libertad sindical que se contrapone frontalmente con lo que interpreta la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y por la LO 11/2003, de 29 de septiembre y, finalmente, por la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

2.1. La formulación del derecho a la libertad sindical en la normativa internacional y comunitaria

El derecho a la libertad sindical se encuentra consagrado en diversos textos internacionales, entre los que se encuentra la Constitución de la OIT del año 1919, la Declaración de Filadelfia del año 1944 y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998. De igual modo, se trata de un derecho recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, la Carta Social Europea de 1961, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1898 y, finalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.

La libertad sindical está estrechamente vinculada a la constitución de los sindicatos, de las organizaciones empresariales y de los trabajadores como requisito para la solidez de la negociación del diálogo social y de la negociación colectiva, de ahí la estructura tripartita de la OIT. Pese a la importancia del derecho a libertad sindical, todavía hay países en los que no se reconoce este derecho para determinados colectivos, como son: los funcionarios, los trabajadores del mar y los trabajadores de francas industriales. En este sentido, la OIT apoya la reivindicación y lucha por este derecho en todos los Estados miembro y para todos los grupos de trabajadores. Así pues, el derecho a la libertad sindical conecta de una manera estrecha con el resto de derechos fundamentales y en general, sino se respetan los derechos fundamentales (entre los que se encuentra el derecho a la libertad sindical) no se podrá favorecer el establecimiento de un derecho al trabajo decente y, por ende, del desarrollo de los seres humanos en su plenitud. Y es que el derecho a la libertad sindical, por su propia naturaleza, se vincula con el derecho a la dignidad humana en cuanto garante del orden público y de la paz social[17].

Son varios los convenios de la OIT que analizan el derecho a la libertad sindical. En primer lugar, aparecen los Convenios de la OIT número 87 (1948) y 98 (1949) de la OIT. Ambos Convenios coinciden con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, momento en el que la OIT considera que deben regularse de manera separada el derecho a la protección de sindicación y de negociación colectiva[18]. Por aquellos entonces la OIT, tras la Declaración de Filadelfia, pasa a concentrar toda su atención en lo que se refiere al "desarrollo espiritual de la persona, en condiciones de libertad y dignidad". Esa nueva visión de los derechos humanos surge tras la Segunda Guerra

extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España"; además, se tenía que tener en cuenta que no se trata de un derecho absoluto, por lo que el legislador "puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado; por esta serie de razones, declara la inconstitucional del art. 8 de la LOEXIs, en la redacción dada por el art. 1, punto 6, de la LO 8/2000.

[17] Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

[18] Rodríguez-Piñero, M.: "OIT, derechos humanos y libertad sindical", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teórica y práctica*, Tomo I, 1999, pág. 3.

Mundial y con ella la OIT trata de reivindicar la idea de que la protección humana es algo más que una cuestión nacional, pues se eleva su protección a nivel internacional[19].

En el Convenio número 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación se erige en base para la constitución de este derecho fundamental a nivel internacional, pues ya ahí se reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir las organizaciones que estimen conveniente, así como el derecho a afiliarse a las mismas sin autorización previa. Estas organizaciones podrán organizarse libremente, no quedando -en ningún caso- sujetas a su disolución o suspensión por vía administrativa. Además, se reconoce el derecho de los sindicatos a constituir federaciones y confederaciones, así como la libre sindicación. Los sindicatos pueden afiliarse, a su vez, a organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores. Por su parte, el Convenio número 98 de la OIT sobre "el derecho de sindicación y de negociación colectiva" dispone que los trabajadores deberán gozar de una protección adecuada contra todo acto de discriminación o actitud antisindical, incluido el requisito de que se un trabajador no se afilie a un sindicato o deje de ser miembro de un sindicato, incluso, el de despedir a un trabajador en razón de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales. El nivel de protección se activa frente a cualquier injerencia que se produzca entre las organizaciones sindicales y empresariales, entendiendo pues por "injerencias": la constitución de sindicatos amarillos y/o controlados por los empleadores.

En tercer lugar, se encuentra el Convenio número 135 de la OIT (año 1971) sobre los representantes de los trabajadores. A través de este convenio se pretende elevar el nivel de protección y de garantía de los máximos responsables de la defensa de los derechos de los trabajadores. Así pues, gozarán de protección frente al despido, frente a las actividades que realicen en razón a su afiliación a un sindicato o participación en las actividades sindicales, pero siempre que actúen de conformidad con las leyes, los convenios colectivos u otros acuerdos comunes en vigor. Los representantes de los trabajadores deberán disponer en las empresas de las facilidades apropiadas que les permita el desempeño eficaz de sus funciones.

En cuarto lugar, se encuentra el Convenio número 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales del año 141. Se reconoce en este Convenio el derecho de los trabajadores del campo, tanto por cuenta ajena, como por cuenta propia, a constituir -sin autorización previa-, las organizaciones que estimen convenientes, así como el derecho de afiliarse a las mismas, siempre y cuando se respeten lo establecido en sus estatutos y en las leyes. Los principios de libertad sindical deberán respetarse en su integridad, debiendo estas organizaciones tener carácter independiente y voluntario, permaneciendo así libres de toda injerencia, coerción o represión. Por lo que la política nacional deberá facilitar el establecimiento y la expansión, con carácter voluntario, de organizaciones de trabajadores rurales fuertes e independientes, como medio eficaz de asegurar la participación de estos trabajadores en el desarrollo económico y social.

En quinto lugar, se aprueba en el año 1978 el Convenio número 151 sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública. Aquí ya se da un nuevo paso al frente, pues los empleados públicos no quedaban protegidos a nivel sindical al considerarse que las estructuras públicas estaban tan perfectamente jerarquizadas no cabía conflictos. Sin embargo, con el paso del tiempo, se comprueba cómo a pesar de que en el sector público rigen los principios de igualdad y garantía de los intereses generales, pueden existir perfectamente conflictos. Por esta razón, los empleados públicos gozarán también de una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical, de forma que sus organizaciones gozarán de una completa independencia respecto de las autoridades públicas, así como

[19] Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Tratado de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, pág. 144.

de una adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración.

Con la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT (año 1998) se confirma la posición de supremacía del derecho a la libertad sindical, para lo cual el Comité de Libertad Sindical habrá de velar por su tutela específica y su protección[20]. El Comité de Libertad Sindical podrá conocer de las quejas que formulen los distintos Estados por las violaciones de este derecho, con independencia de que se haya o no ratificado el Convenio por el Estado, en cuestión, miembro de la OIT. A partir de los distintos casos que se han elevado a este Comité, 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 Organización Internacional del Trabajo. La labor que realiza este Comité se asemeja a la que realizan los tribunales, de ahí que sus funciones se califiquen de "casi judiciales". Su doctrina, al complementar los convenios, ofrece una interpretación del contenido explícito e implícito de la libertad sindical. Dicho 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".

La titularidad del derecho a la libertad sindical de todos los trabajadores se eleva a nivel internacional, por lo que no se aceptan, ni amparan posibles restricciones a este derecho. En este sentido, el Comité de Libertad Sindical ya criticó el hecho de que en España se limitara y prohibiera el disfrute de este derecho fundamental para los trabajadores extranjeros en situación irregular. De igual 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" -como es el caso de la nación española-.

El contenido del derecho a la libertad sindical ha sido reforzado por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, quienes han asentado una sólida doctrina para integrar dentro del derecho a la libertad la actividad sindical, incluyendo todas las manifestaciones que del mismo se deriven (a saber: el derecho a la reunión, manifestación, publicaciones… etcétera) y, más concretamente, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga[21]. Estos dos últimos son esenciales y base para el disfrute efectivo del derecho a la libertad sindical. 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 creadas. 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"[22].

Justo al hilo de la exclusión que del derecho a la libertad sindical en España se ha mantenido con la LOEXIs del año 2000, el Comité de Libertad Sindical en su Informe número 327 se ha pronunciado. De hecho, ha sido determinante su posición para que con posterioridad el Tribunal Constitucional haya aceptado las distintas cuestiones de inconstitucional planteadas y que han llevado a importantes

[20] Nieto Roales-Nieto, C. y Macedo De Britto Pereira, R.J: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar", *Revista Migraciones*, número 18, 2005, pág. 207.

[21] Rodríguez-Piñero, M.: "OIT, derechos humanos y libertad sindical" … op.cit.

[22] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2017.

modificaciones/rectificaciones legislativas. A juicio de este Comité[23] los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la libertad sindical, juegan para dispensar protección a la persona humana en toda y cualquier circunstancia. Por todo ello, en base a lo previsto por el Convenio número 87 de la OIT no se pueden limitar las garantías y el nivel de protección que otorga este derecho al requisito administrativo de "regularidad" o "irregularidad" administrativa, ya que lo contrario sería ir en contra de la doctrina emanada a nivel internacional. De este modo, la libertad sindical no podrá condicionarse a cualquier acto estatal o medida legislativa interna, pudiendo cualquier medida restrictiva someterse al correspondiente "juicio de legalidad" por parte de la autoridad habilitada para ello[24].

2.2. El derecho a la dignidad como paradigma para el reconocimiento de los derechos Constitucionales de los extranjeros en España: artículo 13.1 de la CE *versus* artículo 28.1 de la CE

El artículo 13 de la Carta Magna reconoce, de manera amplia, que los extranjeros que se encuentren en territorio español gozarán de los mismos derechos y libertades que los ciudadanos españoles, siempre y cuando cumplan con lo establecido por la ley y los tratados internacionales. En este sentido, se regulan aquí sus derechos y deberes en territorio español, así como las condiciones para el acceso y permanente en el país. Ya el Tribunal Constitucional aclara que se trata éste de un precepto que no ofrece dificultades, pues de lo que se trata es de equiparar los derechos de los extranjeros a la de los españoles, en cuanto personas, para la garantía de la dignidad humana. Ahora bien, en algunos

[23] Nieto Roales-Nieto, C. y Macedo De Britto Pereira, R.J: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar" … op.cit., págs. 209 y 210.

[24] Valdés Dal-Ré, F.: "El derecho a la Negociación Colectiva en la Jurisprudencia Constitucional", *Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, págs. 119 y siguientes.

casos se podrán establecer diferencias respecto a los nacionales, como es en el caso de los derechos relativos "al trabajo, a la protección de la Seguridad Social[25] y a la asistencia sanitaria"[26].

El reenvío que la CE hace al sistema de tratados y a la Ley no implica, en modo alguno, una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros en lo relativo a sus derechos y libertades públicas, sino que de lo que se trata es de "dotarlos, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal"[27].

[25] En este sentido, cabe traer a colación el artículo 36.5 de la LOEXIs en relación con la falta de autorización de residencia y trabajo a los efectos de determinar los derechos a las prestaciones sociales de los extranjeros en situación irregular. Dicho precepto señala:
«La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero».
El Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación con esta materia, en concreto cabe destacar lo relativo al cómputo del tiempo de actividad del trabajador extranjero en situación irregular para determinar la duración de la prestación por desempleo, así la STS n.º 76/2017, de 31 de enero, declara:
«(...) no es posible tener en cuenta el período de actividad prestado en situación irregular ante la carencia de autorización de residencia y para trabajar, lo que se refuerza ahora, en fin, con la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social —que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las nueve Directivas que enumera en su preámbulo que se habían aprobado con posterioridad a la última reforma de esa Ley 4/2000 realizada en diciembre de 2003— al establecer en los arts 10, 14 y 36 de esta última, que solo los extranjeros «residentes» (esto es, en situación de residencia legal) que reúnan los requisitos previstos en esa misma norma tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de Seguridad Social (10.1) y que únicamente esos mismos extranjeros «residentes» tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (14.1), aun cuando «todos» los extranjeros, sea cual fuere su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales «básicas» (14.3), entre las cuales no se cuentan las de desempleo, y que, «en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo» (36.5), de lo que ineludiblemente se sigue, mientras otra cosa no se excepcione, que el tiempo trabajado en situación irregular tampoco podrá adicionarse a otro distinto».
En la misma línea y citando a la anterior, la STS n.º 1033/2017, de 19 de diciembre, añade:
«(...) a efectos de determinar el tiempo de ocupación determinante de la duración de la prestación no es posible tener en cuenta el período de servicios prestados en situación irregular ante la carencia de autorización de residencia y para trabajar.(...) todos los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, pueden acceder a las prestaciones sociales básicas, entre ellas no se incluyen las de desempleo, (...) de lo que ineludiblemente se sigue que el tiempo trabajado en situación irregular tampoco puede ser tenido en cuenta a efectos prestacionales. Finalmente, hay que remarcar que el hecho de que al tiempo de la situación legal de desempleo y de la solicitud de la prestación, el trabajador se halle ya en situación regular en nuestro país, no subsana la irregularidad de los trabajos desarrollados en el periodo anterior ni permite que sean computados como susceptibles de cotización, puesto que «la regularización produce sus efectos, en lo que a esta materia se refiere, desde que tiene lugar y no posee eficacia retroactiva mientras no lo disponga la normativa de aplicación que, por lo que se ha visto, se orienta precisamente en sentido contrario» [STS 31/01/17, rcud. 1153/15)».
Por otro lado, en cuanto a las prestaciones derivadas de un despido improcedente en relación con un trabajador extranjero que carece de autorización de residencia y trabajo, puede traerse a colación la STS, rec. 2398/2012, de 17 de septiembre de 2013, conforme a la cual «(...) es obligado concluir, siguiendo la misma doctrina que, si bien el contrato de trabajo del extranjero, sin la preceptiva autorización, está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley (art. 7.1 ET . en relación con el art. 36.1 de la LOEXIs), sin embargo, la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado». Es decir, a diferencia de lo que se ha expuesto respecto de la prestación por desempleo, en el caso de las que deriven de un despido improcedente se mantienen a pesar de la situación irregular del extranjero.

[26] Sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984, 99/1985, 115/1987, 94/1993, 130/1995 y 95/2000.

[27] Ver la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984.

Ya adelanta la CE el hecho de que habrá una norma que regule y desarrolle el contenido previsto en el Texto Constitucional. Lo que nos lleva a la conclusión de que existe ya un contenido constitucional que deberá ser protegido. Sin embargo, a continuación, se aclara 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 Constitucional hace especial mención de cuáles son los derechos que ahí se encuadran y, entre los que se encuentran, 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". A buen ejemplo se cita "el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica… etcétera". 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"[28].

Empero, las autoridades españolas podrán imponer restricciones en función de la situación del país de origen, a fin de asegurar un trato justo y equitativo en las relaciones internacionales. De este modo, quedarían fuera de este ámbito los derechos "reconocidos en el artículo 23 de la CE, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene". Ahora bien, todo ello sin menoscabar -en ningún caso- la dignidad humana. Derecho, éste último, clave para evitar cualquier trato 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[29].

En definitiva, el legislador coloca a la dignidad humana en un escalafón superior, pudiendo así este derecho condicionar y limitar cualquier interpretación restrictiva que de los derechos de los extranjeros en España se realice. Por lo que, aunque el artículo 13.1 de la CE otorgue cierto margen al legislador, lo cierto es que -en todo momento- se habrá de tener el cuenta: a) el grado de conexión de los concretos derechos en relación con la dignidad humana, b) el contenido preceptivo del derecho que recoja directamente la Carta Magna, c) el contenido modulado y delimitado por la CE y los Tratados Internacionales y, finalmente, d) las condiciones para el ejercicio de estos derechos recogidas por la Ley y dirigidas a preservar otros derechos, bienes o intereses protegidos Constitucionalmente y que guarden relación con la finalidad perseguida[30].

Al margen de lo expuesto, yendo al caso específico del Estado español, primeramente, debemos preguntarnos si ¿la libertad sindical de los extranjeros se vincula directamente a la dignidad humana? En principio, debemos pensar que sí, pues España se constituye en un Estado Social y Democrático de derecho (artículo 1 CE), de ahí que todos los derechos inferidos a los derechos humanos deberán quedar íntimamente vinculados a la dignidad para asegurar el mantenimiento de un ordenamiento jurídico democrático.

Por contra, el máximo intérprete de la Constitución Española ya ha puntualizado que no todos los derechos fundamentales se vinculan directamente a la dignidad humana. De ahí que, quepa diferenciar entre el título de ciudadanía y el de persona como tal (algo realmente inconvencible). aún más complicada, pues todavía late esa diferenciación entre ciudadanos de primera y segunda clase debido a una cuestión de regularidad y/o irregularidad administrativa. Por ello, desde el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo establece ya varias líneas de actuación para

[28] Nieto Roales-Nieto, C. y Macedo De Britto Pereira, R.J: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar" … op.cit., pág. 204.

[29] Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

[30] Kahale Carrillo, D.T: "La inconstitucionalidad de la libertad sindical de la Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social"…, op.cit., pág. 242.

mejorar la protección social de las personas inmigrantes en los países receptores que, no siempre se cumplen[31].

A pesar de estas propuestas internacionales y de los avances experimentados en esta materia, en España el extranjero se mantiene aún en una situación de desprotección y vulnerabilidad social. De hecho, el mismo Tribunal Constitucional, en su emblemática sentencia número 107/1984 ya ha aclarado que, en materia de libertad sindical, nos encontramos ante un derecho fundamental que se vincula a la persona como tal y no sólo por su título de ciudadanía. Por lo que no cabe excluir la libertad sindical del derecho a la dignidad, debiendo la actuación del Estado velar por el cumplimiento de este derecho para todas las personas, sin importar el título administrativo de "regularidad o irregularidad".

En efecto, en un Estado Democrático -como es el español- se habrán de establecer garantías contra el ejercicio de poderes organizados, con el objetivo de evitar que un determinado modelo de vida se imponga a una determinada colectividad. 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, sin que el Estado imponga límites al ejercicio de esos derechos. De ahí que, en todo momento, el Estado Democrático de Derecho deba proteger y tutelar la autonomía de la voluntad. No es suficiente un modelo liberal de Estado de Derecho, sino que a la autonomía de la voluntad habrá de garantizarse estrategias de acción colectiva para que determinados objetivos puedan ser concretados, aparte de unas condiciones sociales mínimas para que esa autonomía logre resultados. Y todo habrá de 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.

Una vez que se vincula el aparato normativo del Estado Democrático y de Derecho con los mecanismos de control para la garantía de esos derechos, podrán entonces garantizarse el desarrollo de la personalidad humana. Por lo que, en principio todos aquellos derechos adicionales que se reconozcan en el aparato normativo regulado por la autonomía de la voluntad en el derecho a la libertad sindical quedarán, igualmente, comprendidos en el bloque que el Tribunal Constitucional reconoce a los extranjeros en España.

Estas tres variantes: dignidad humana, libertad sindical y autonomía de la voluntad se vinculan de maneta incuestionables porque, de hecho, el derecho sindical es fruto de un largo proceso histórico de lucha por la conquista y defensa de los derechos de los trabajadores a través de la autonomía de la voluntad[32]. Por todo ello, la libertad sindical aparece regulada en los textos nacionales e internacionales[33].

El efecto horizontal en la aplicación y reconocimiento de los derechos de los extranjeros en España no debe llevarnos a excluir aquellos límites que desde el Estado se imponen para la regulación de esos derechos, pues de lo contrario se estaría admitiendo la regularización del trabajo irregular en España. Lo que se trata aquí es de garantizar los derechos que a toda persona le corresponden como tal, en igualdad de condiciones a los ciudadanos nacionales. Ahora bien, los condicionamientos del Estado para el ejercicio de los derechos de los extranjeros en situación irregular, los rebaja a ciudadanos de segunda (e incluso tercera) clase desprovistos de unas garantías mínimas constitucionales. Por todo

[31] López Insua, B.M: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

[32] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2017.

[33] Nieto Roales-Nieto, C y Macedo De Britto Pereira, R.J: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar" … op.cit., pág. 213.

ello, lo primero es adoptar medidas que respeten el derecho a la dignidad humana, de acuerdo con los márgenes que establece la CE y los tratados internacionales[34].

3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: JURISPRUDENCIA, PROBLEMAS PRÁCTICOS Y POSTERIORES MODIFICACIONES LEGISLATIVAS

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y libertades de los extranjeros en España (actualmente derogada) recogía en su artículo 10 lo siguiente: "Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato y organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivas leyes reguladoras". En esta normativa, anterior a la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (La LO 7/1985), sólo se reconoce la posibilidad de que los extranjeros en situación legal en España -excluye, por ende, a aquellos que se encuentren en situación irregular administrativa- a afiliarse a un sindicato libremente elegido, de acuerdo con lo que disponen sus leyes reguladoras[35].

Posteriormente, se aprueba la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical en donde sí se reconoce, con carácter general (y sin distinguir en función de la situación administrativa), en su artículo 5, lo siguiente: "Los trabajadores extranjeros tienen el derecho a afiliarse libremente al sindicato y organización profesional de su elección, así como el ejercicio del derecho de huelga, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Constitución".

En el año 2000 se aprueba la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la cual se caracteriza por evolucionar a la par que las políticas migratorias, buscando así adaptarse a la legislación internacional, comunitaria y a los distintos vaivenes jurisprudenciales. En concreto, en lo que se refiere al derecho de sindicación de los extranjeros se dispuso en su artículo 11.1 lo siguiente: "Los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán el derecho a sindicarse libremente o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan la autorización de estancia o residencia en España". Esta última disposición fue objeto de polémica y de discusión ante el Tribunal Constitucional, pues el Parlamento de Navarra interpuso recurso de inconstitucionalidad por varios preceptos[36] de la LOEXIs. Entiende el Parlamento de Navarra que "La Ley 8/2000 regula aspectos relacionados con los extranjeros que afectan al ámbito de autonomía de la Comunidad Foral de Navarra como la enseñanza, la vivienda, la policía, los menores, la asistencia social o la sanidad, además de que los derechos afectados por la Ley impugnada pueden ejercerse frente a todos los poderes, incluidos los autonómicos", así como la doctrina contenida en el STC 48/2003, de 12 de marzo, concluye el Tribunal que "la aplicación de esta doctrina al presente proceso conduce a afirmar la inequívoca legitimación del Parlamento de Navarra para interponer recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 8/2000, dado que el ejercicio de las funciones que corresponden a la Comunidad Foral puede verse "afectado" por la norma estatal recurrida. Y ello porque existe una estrecha conexión entre las disposiciones de aquella Ley Orgánica, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y las aducidas materias comprendidas en los campos de

[34] Monereo Pérez, J.L: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011.

[35] Rubio Medina, M.D: "Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo, autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros", *Temas Laborales*, núm.105/2010, pág.166.

[36] En concreto, se recurren los puntos 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000.

actuación autonómica de la Comunidad Foral de Navarra, lo que permite deducir un interés específico de su Parlamento para recurrir dicha Ley"[37].

A grandes rasgos, lo que se cuestionan aquí es la inconstitucionalidad de varios preceptos de la LOEXIs, a saber: el derecho de reunión, asociación, libre sindicación, educación no obligatoria y asistencia jurídica gratuita. Para poder responder a todas estas cuestiones, el Tribunal Constitucional examina, en primer lugar, el artículo 13.1 de la CE el cual se refiere a los derechos y libertades públicas de los extranjeros en España y, todo ello, para pasar a continuación a analizar el artículo 28.1 de la CE que se refiere al derecho de libertad sindical (y todo en relación al ordinal 9 del artículo 1 de la LOEXIs).

La entidad recurrente denuncia la inconstitucionalidad del precepto por vulnerar el contenido esencial del derecho reconocido en el art. 28.1 CE y ser contrario a lo establecido en el art. 23.4 de la Declaración universal de los derechos humanos, al art. 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y al art. 11 del Convenio europeo de derechos humanos. El ejercicio del derecho a la libertad sindical no requeriría la condición laboral de su titular, al contrario de lo que ocurre con el derecho de huelga, y por ello no cabría argumentar que los titulares del derecho sean sólo los trabajadores.

El Abogado del Estado, por su parte, replica que los extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente, y sería absurdo permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera gozar de estos derechos.

Debe precisarse que el Parlamento de Navarra impugna la nueva redacción dada al apartado 1 del art. 11 de la Ley Orgánica 4/2000, relativo al derecho a sindicarse libremente, pero no el apartado 2, referente al ejercicio del derecho de huelga. Asimismo, "…el motivo de la impugnación se basa únicamente en la pretendida vulneración de la libertad sindical (art. 28.1 CE), a la que se refiere el primer inciso del precepto ('Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente'), pero no el segundo, que reconoce el derecho 'a afiliarse a una organización profesional', y que debe ubicarse en el art. 52 CE, donde no se configura como un derecho pues aquel precepto constitucional se limita a remitir a la ley la regulación de las 'organizaciones profesionales'."

Entiende aquí el Tribunal Constitucional que "En nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a 'todos' los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a 'todos' los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE), entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales citados, entre los cuales es de recordar el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, cuyo art. 2 reconoce a todos los trabajadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, los derechos de fundación de sindicatos y de afiliación a los mismos. Siendo así, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador [art. 38 de la Ley Orgánica 4/2000, y arts. 1.1, 7 c) y 9.2 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo]. Por supuesto, ello no significa que el legislador orgánico no pueda establecer limitaciones o excepciones a su ejercicio en los términos a los que ya se refiere el propio art. 28.1 CE. Pero no alcanzando tales limitaciones o excepciones a los trabajadores extranjeros, la exclusión total del derecho de libertad sindical de aquellos extranjeros que trabajen pese a no haber obtenido autorización de estancia o residencia en España, no se compadece con el reconocimiento del derecho de libertad sindical que efectúa el art. 28.1 CE interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho

[37] Ver el Fundamento Jurídico 1 del recurso de inconstitucionalidad.

ratificada por España. Tampoco se compadece con este derecho la limitación consiguiente que deriva para el derecho de los sindicatos de defender y promover los intereses de estos trabajadores". Todo lo anterior no implica que el legislador no pueda establecer límites o excepciones a su ejercicio, en los términos del artículo 28.1 de la CE, sino que las mismas deberán interpretarse conforme a la normativa internacional ratificada por España. De igual modo, no aprueba la limitación que deriva para el derecho de los sindicatos a defender y promover los intereses de esos trabajadores.

Existe, por tanto, una contradicción entre lo previsto por la LOEXIs y lo preceptuado por el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 11/1985 en lo que se refiere a la titularidad del derecho fundamental a la libertad sindical. Por todo ello, aunque el legislador orgánico pueda establecer límites queda claro que la autorización de estancia o residencia en España no puede condicionar el disfrute del derecho a la libertad sindical por parte de los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, pues se trata de un derecho que se le atribuye a la persona como tal para la garantía de su dignidad (artículo 10.1 de la CE).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del art. 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 9, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al art. 28.1 CE. Finalmente, el Alto Tribunal advierte que no le corresponde a él decidir sobre una determina opción em materia de extranjería, ya que sólo se limita a determinar si un precepto se ajusta o no a la CE. Por ello, afirma que la inconstitucionalidad apreciada exige que sea el propio legislador, dentro de la libertad de configuración normativa, derivada de su posición constitucional o de su específica libertad democrática, quien establezca las condiciones de ejercicio del derecho de sindicación de los extranjeros sin autorización de estancia o residencia, conforme a las leyes internacionales y la Carta Magna.

Al texto general de la sentencia del Tribunal Constitucional se presenta un voto particular discrepante por parte de los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas, al que se adhieren los Magistrados D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y D. Roberto García-Calvo y Montiel. Principalmente, los magistrados discuten el hecho de que "la dignidad de la persona", en cuanto derecho fundamental, se erija en fundamento jurídico determinante del orden político y de la paz social que obligue a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes públicos, incluido el legislador"[38], ligando después a esa clave la *ratio* de la declaración de inconstitucionalidad. En otras palabras, entienden estos magistrados que deben entenderse en su conjunto el resto de derechos fundamentales que configuran el orden constitucional para valorar si el precepto en cuestión contradice o no la dignidad humana. Por todo ello, parece exagerado -a juicio de estos magistrados- considerar que el derecho a la sindicación de los extranjeros pueda estimarse lesiva de la dignidad humana.

4. CONCLUSIONES

Los flujos migratorios no constituyen un fenómeno coyuntural o una novedad en las sociedades contemporáneas, sino que -con mayor o menor intensidad- han estado siempre presentes en la historia de la humanidad, siendo así un elemento indispensable para la evolución y el progreso social. En las últimas décadas y en un contexto de globalización, se observa una intensificación de estos movimientos migratorios en toda la Unión Europea. Principalmente representativa ha sido la magnitud de inmigrantes que han entrado en el espacio comunitario en búsqueda de nuevas oportunidades de vida, trabajo, refugio y asilo -a causa del agravamiento o estadillo de conflictos

[38] Fundamento Jurídico 3 de la sentencia.

armados-. En particular, algunos Estados miembro han experimentado un mayor aumento población en comparación con otros países de su entorno.

A pesar de los efectos positivos que la inmigración puede tener sobre las regiones en cuando factor equilibrador de la deuda externa o como elemento de reducción de la pobreza y dinamizador de las economías locales, lo cierto es que no todos los Estados han visto con buenos ojos esta "crisis migratoria y de refugiados". Desde el ámbito internacional se insiste: "En línea con los objetivos de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible se debería avanzar en la articulación de políticas que propicien los procesos migratorios circulares, de forma que tanto los países emisores como los de acogida se beneficien de la movilidad internacional de las personas, así como en la reducción de los costes de transacción de las remesas que envían los trabajadores inmigrantes a sus países de origen".

La respuesta a este fenómeno difícilmente puede provenir de soluciones nacionales, pues el problema globalizado de la inmigración debe de abordarse de una manera conjunta y respetuosa con los derechos fundamentales. Sin embargo, el dilema se ha complicado cuando dentro de una zona de libre circulación de personas y trabajadores, aparecen abolidas las fronteras interiores, al tiempo que los Estados miembros hacen suyas las competencias en materia de autorización de entrada, permanencia y trabajo de personas de terceros países.

Otro de los aspectos básicos para la gestión eficaz de los flujos migratorios en la Unión Europea ha sido el desafío de la integración social. Precisamente, en esta materia, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se conforma como un referente básico para la garantía de los derechos de los ciudadanos de terceros países, dado que la mayor parte de sus disposiciones son aplicables independientemente de la nacionalidad de las personas. Igualmente, se han aprobado varias disposiciones sobre nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro y deseen trabajar en un Estado miembro diferente. Todas ellas constituyen clave para la consecución de la integración social de las personas migrantes, de ahí que entre las propuestas que figuran a nivel europeo para la consecución de este objetivo aparezcan las siguientes: "... el empleo como parte fundamental del proceso de integración y esencial para la participación de las personas extranjeras en la sociedad de acogida; la educación como elemento esencial en la lucha contra la discriminación y la exclusión social; el diálogo intercultural como instrumento importante para promover la integración de personas procedentes de otros orígenes, culturas y religiones y la importancia de incorporar los temas de integración en todos los ámbitos de actuación pertinentes, con la cooperación y coordinación de las distintas Administraciones implicadas"[39]. Ahora bien, en tanto no se avance hacia una política comunitaria común y comprometida con la garantía de los derechos humanos, la regulación de la protección social de los inmigrantes quedará abocada al fracaso. En este sentido, unas de las principales trabas que dificultan el logro de estos ambiciosos objetivos radica en el acceso y permanencia en el empleo de los nacionales de terceros países, materias que siguen siendo competencias propias de los Estados miembros, al igual que los procedimientos de concesión y los distintos tipos de autorizaciones para el trabajo.

El fenómeno de la inmigración en España ha venido transformado profundamente, desde finales del siglo xx, los perfiles de la sociedad española. De un lado, se observa un incremento notable de la población de origen extranjero, pero, de otro, crece de manera imparable el nivel de multiculturalidad, al tiempo que hacen su presencia elementos de rechazo y exclusión poblacional. Esto último es debido a que la sociedad española aún no está preparada para el cambio cultural. Aparte, la vigente ley de extranjería (LOEXIs) tampoco responde al candente enigma de la inmigración, puesto que no fomenta la integración de inmigrantes sino, más bien, la desigualdad social, la precariedad y el abuso. Precisamente, a través de la LOEXIs del año 2000 se establecieron límites al derecho de libertad

[39] Informe CES 2/2014: "La inmigración y el mercado de trabajo en España".

sindical de los extranjeros en situación administrativa irregular que venía a evidenciar y/o reflejar el fracaso en las políticas de codesarrollo a nivel europeo.

La teoría dista mucho de la práctica, de ahí que a pesar de los objetivos que con carácter programático se consagran a nivel comunitario e internacional para el acceso a un trabajo decente, lo cierto es que en España los inmigrantes irregulares son los que más se ven abocados a cubrir puesto de trabajo poco cualificados y valorados (se tratan de trabajos con bajas retribuciones, mayor temporalidad, jornadas incompatibles con el desarrollo de una vida social y familiar, con carencia de derechos en materia de Seguridad Social....etcétera). Indudablemente, en torno a este grupo se han consolidado una serie de prejuicios, estereotipos y factores que los sitúa en una posición de extrema pobreza y trabajo invisible. En efecto, el factor étnico está obstaculizando cada vez la integración laboral de estas personas, al tiempo que los convierte en ciudadanos de segunda clase (e incluso, tercera clase) y, por tanto, carentes de derechos fundamentales.

En materia de libertad sindical el resultado, lamentablemente, ha sido el mismo. Por esta razón, el Parlamento de Navarra planteó una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que fue finalmente admitida. De ahí que quedara modificado el apartado 9 del artículo 1 de la LO 8/2000, de 23 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ante el Congreso de los Diputados. La cuestión de si el derecho a la libertad sindical se anuda o no a la "dignidad humana" resulta aquí de vital importancia, como lo es el mismo respeto a los derechos fundamentales protegidos al máximo nivel de garantías. Sin embargo, lo más triste, es que se haya tenido que esperar siete años desde la aprobación de la LOEXIs del año 2000 para adoptar medidas de justicia social. Ahora bien, lo más interesante del fallo del Tribunal Constitucional es que, no sólo se ha declarado la inconstitucionalidad del derecho de sindicación, sino también de los derechos a la reunión, a la asociación, a la educación no obligatoria y a la asistencia jurídica gratuita. Algo que realmente supone un importante avance para la integración social y el respeto a las personas inmigrantes.

Pese a los logros adquiridos, lo cierto es que aún subsisten en el ordenamiento jurídico español diferencias en el tratamiento de los extranjeros en situación regular y regular. A buen ejemplo, el acceso de los migrantes a los servicios de salud se encuentra condicionado por la configuración legal del derecho a la atención sanitaria de carácter público, que ha experimentado cambios significativos en los últimos años, con ampliaciones y restricciones sucesivas desde que la LOEXIs extendiera el derecho a todos los extranjeros independientemente de su situación administrativa. Pese a que, tras la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018 se recupera el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros residentes en España en situación de estancia irregular, la arrolladora sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019, con número de recurso 1068/2018 dio un importante paso atrás. En efecto, los extranjeros en situación regular quedan excluidos del derecho a la asistencia sanitaria. Algo que resulta inaudito y contrario a la configuración de la salud como derecho humano universal, toda vez que este derecho se atribuye a toda persona, con independencia de su situación legal o ilegal. Es decir, que mientras que un inmigrante irregular tendrá acceso a la protección de la salud, aun cuando no disponga o se le haya denegado un seguro privado, por contra aquellos extranjeros que cumplan con todos los requisitos legales serán excluidos. En este sentido, no se entiende como al tratarse de un inmigrante con residencia legal se entra ahora a valorar la condición de asegurado. Ello provoca una grave discriminación entre inmigrantes en razón de su condición administrativa y situación económica que resulta contraria a la normativa internacional y comunitaria (a saber: la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social Europea y el Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo)[40].

[40] López Insua, B.M: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

5. BIBLIOGRAFÍA

Cabeza Pereiro, Jaime: *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Murcia, Laborum, 2015.

Ferrajoli, L: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Tratado de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.

González Ortega, Santiago: "El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes", en VV.AA., González Ortega, Santiago (Coord)., *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

Kahale Carrillo, D.T: "La inconstitucionalidad de la libertad sindical de la Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Temas Laborales,* núm. 95/2008.

López Insua, B.M: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

López Insua, Belén del Mar: "La protección frente al desempleo de las personas emigrantes de la Unión Europea" en VV.AA., Fernández Avilés, José Antonio (Dir) y Durán Bernardino, Manuela (Coord)., *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Navarra, Aranzadi, 2017.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Moreno Vida, Mª.N: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2017.

Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

Monereo Pérez, J.L: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011.

Monereo Pérez, José Luis: "Artículo 53. Nivel de protección", en VV.AA., Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (Dir y Coord)., *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, José Luis: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº41, 2016.

Nieto Roales-Nieto, C y Macedo de Britto Pereira, R.J: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar", *Revista Migraciones*, número 18, 2005.

Palomar, A y Vázquez, J: "Libertad sindical y huelga de los extranjeros", *V/Lex*, 2008.

Rodríguez-Piñero, M: "OIT, derechos humanos y libertad sindical", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teórica y práctica*, Tomo I, 1999.

Rubio Medina, M.D: "Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo, autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros", *Temas Laborales*, núm.105/2010.

Valdés Dal-Ré, F: "El derecho a la Negociación Colectiva en la Jurisprudencia Constitucional", *Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996

V. Ihering, R: *El fin en el derecho*, Estudio Preliminar "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho" por José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2011.