

# LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS TRABAJADORES

**ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ**

*Letrada del Tribunal Constitucional  
Profesora Titular de Derecho Constitucional  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

## **Extracto:**

**EN** una situación de crisis del mercado laboral como la que vive actualmente nuestro país resulta imprescindible detenerse en la cuestión de los derechos constitucionales de los trabajadores. Estos derechos se organizan en torno a tres grupos, que se estudian en este artículo: el derecho al trabajo, la libertad sindical y la negociación colectiva unida al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, y particularmente el derecho a la huelga. La exposición del contenido esencial y de los contenidos adicionales de estos derechos, tal y como son definidos por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional, conducen a la conclusión de que, en nuestro ordenamiento, se han sobredimensionado los derechos laborales instrumentales (sindicación y huelga) e hipertrofiado el derecho al trabajo, realidad a la que se asocian algunas consecuencias negativas que se analizan en este estudio, en el que también se afronta el problema de la *flexicurity*, la falta de regulación legal posconstitucional del derecho a la huelga y la sincronía entre el derecho constitucional laboral y el derecho laboral internacional y comunitario.

**Palabras clave:** derechos constitucionales, derecho al trabajo, huelga, libertad sindical, negociación colectiva, crisis laboral, flexiseguridad.

# THE CONSTITUTIONAL RIGHTS OF THE WORKERS

**ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ**

*Letrada del Tribunal Constitucional  
Profesora Titular de Derecho Constitucional  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

## **Abstract:**

**I**N the current unemployment crisis analyzing worker's fundamental rights is crucial. This article assesses such rights in three main areas: right to work, union rights and collective bargaining in conflicts regarding working conditions. Particular attention is drawn to the right to participate in a strike. After analyzing the essential and additional or complementary content of the said worker's rights, as defined both by the Constitution and the Constitutional Court, we draw the conclusion that, in Spanish Law, the so-called «instrumental rights» (right to form part of an union and right to participate in a strike) have been the subject of a wide interpretation which results in their overestimation. On the other hand, and because of that, the right to work has been to a certain extent minimized. This results in a number of negative consequences that are assessed in this study. Among other issues, the «flexicurity» problem, the lack of post-constitutional regulation of the right to strike and the (lack of) synchronization of Constitutional labor law and International and European labor law are also dealt with.

**Keywords:** constitutional rights, right to work, union rights, strike, «flexicurity», unemployment crisis, working conditions.

# Sumario

1. Qué y por qué de los derechos constitucionales de los trabajadores.
2. El diseño constitucional de los derechos de los trabajadores.
3. El derecho al trabajo y sus satélites.
4. El sistema de derechos que giran en torno a la libertad sindical.
5. La negociación colectiva, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE), y, en particular, el derecho a la huelga (art. 28.2 CE).
6. Las cuestiones constitucionales abiertas en torno a los derechos de los trabajadores.

## 1. QUÉ Y POR QUÉ DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS TRABAJADORES

Este estudio es un trabajo descriptivo, dimensión cuyo objetivo es aproximar el tema tratado a los lectores interesados en el derecho constitucional laboral, pero también es un trabajo de toma de posiciones, la primera de las cuales se refiere al uso de la terminología que da título a este texto. Al utilizar en este trabajo la expresión «derechos constitucionales de los trabajadores» dejo de lado expresamente la más recurrente, de derechos sociales de los trabajadores<sup>1</sup>. Considero que esta última contiene una reiteración innecesaria porque, a mi juicio, todos los derechos específicos<sup>2</sup> de los trabajadores son derechos sociales, afirmación que me da la oportunidad de formular mi propia definición de estos últimos. Tal formulación, a mi juicio, resulta indispensable como punto de partida de la reflexión, porque uno de los grandes problemas teóricos, aún no resueltos, en relación con los derechos sociales y los principios rectores es el de su propia definición. Y, por esa misma razón, solo partiendo de una definición propia o de la adscripción a alguna conceptualización previa, se puede subir el escalón que lleva al análisis de cada uno de los derechos (educación, vivienda, Seguridad Social, salud, etc.) o de los grupos de derechos (derechos de los trabajadores) que caracterizamos como derechos sociales.

<sup>1</sup> Este es el título de la primera monografía de un constitucionalista sobre la materia, me refiero al trabajo de Teresa FREIXES SANJUÁN titulado *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, publicado por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid) en 1986.

<sup>2</sup> Se hace mención expresa a los derechos específicos de los trabajadores, o derechos laborales específicos, por oposición a la noción de derechos laborales inespecíficos, noción en la que se incluyen los derechos fundamentales de titularidad general, y no específica de los trabajadores, que se disfrutan y desarrollan en el marco de una relación laboral y que adquieren unas dimensiones particulares en el marco de esa relación laboral. Es decir, se trata del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), de la libertad ideológica, religiosa o de culto (art. 16 CE), del derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen (art. 18.1 CE), de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], del derecho a la información [art. 20.1 d) CE], del derecho de reunión (art. 21 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), del derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 CE), del derecho a la educación (art. 27.1 CE). Sobre esta cuestión existe una rica bibliografía en la que interesa destacar: ORTIZ LALLANA, C.: «Derechos fundamentales y relación laboral», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número monográfico titulado *Veinte años de desarrollo constitucional en materia social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998, págs. 15-50; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos», en MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (coord.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, 2003, págs. 229-248; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y ELORZA GUERRERO, F.: «Derechos fundamentales laborales inespecíficos», en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *El derecho del trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: puntos críticos*, Mergablum, Sevilla, 2003, págs. 93-132; SASTRE IBARRECHE, R.: «Recurso de amparo, derechos laborales inespecíficos y desigualdad social: una aproximación», en ELENA Y PEÑA, J. (coord.): *Desigualdad social y relaciones de trabajo*, Universidad de Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, págs. 243-264.

Partiendo, pues, del relativismo consciente en que se inscribe esta reflexión, el primer paso de la misma toma el camino del distanciamiento del concepto tradicional de los derechos sociales. Y es que tal concepto es, fundamentalmente, fruto de una clasificación derivada de la adscripción de los derechos al momento histórico y a las circunstancias políticas en que se reconocen en los textos normativos (constitucionales o no). Así, se admite que los derechos sociales son los derechos cuyo reconocimiento se corresponde con el surgimiento del Estado Social, en un momento histórico determinado y muy vinculado a la lucha de clases y a la aparición de los grandes partidos de masas de orientación socialista, razón por la que se convierten, precisamente, en la categoría constitucional propia de la forma del Estado Social»<sup>3</sup>. Además, también es *communis opinio* que los derechos sociales nacen (y en algunos ordenamientos aún se mantienen) ligados a las relaciones de trabajo, esto es, se articulan en torno a un núcleo fundamental, el de los derechos de los trabajadores, a partir del cual se han ido posteriormente expandiendo y, en algunos casos, independizando.

Ese concepto tradicional, y pedagógicamente útil, ha ido quedando paulatina y progresivamente superado, y ello a pesar de la inercia de un cierto sector de la doctrina. Sin negar lo problemático de avanzar hacia una nueva conceptualización, debido principalmente al alto grado de conflictividad ideológica y social que generan estos derechos, asumiendo que ese grado de conflictividad impide, por el momento, ofrecer un concepto único y generalmente aceptado, pero afirmando con firmeza que es preciso arrinconar la propuesta que pretende la definición de los derechos sociales por oposición de contenidos con los derechos civiles y políticos, se describen dos líneas de reflexión básica. La primera procura la definición en función de la naturaleza de los derechos sociales afirmando que los mismos son derechos de intervención o de crédito de una actuación estatal (*les droits-creance*); y la segunda definiría los derechos sociales en virtud de sus caracteres, afirmando que son derechos fundamentales vinculantes, exigibles de uno u otro modo, que representan los mínimos constitucionales que no pueden desmontarse por vía legislativa, y que implican el derecho a un estándar de vida adecuado. No obstante cualquiera de estas dos líneas presenta puntos débiles, razón por la cual, mi intento de definición las deja de lado, optando por una conceptualización de los derechos sociales basada en la caracterización de los mismos por la finalidad que su reconocimiento persigue.

De este modo podría decirse que los derechos sociales son aquellos que buscan garantizar la cohesión social, o dicho de otro modo, la integración de todos los individuos de un determinado grupo social. Llevando la definición a un terreno conceptual más clásico, serían todos aquellos derechos cuya finalidad es garantizar la igualdad material de los individuos<sup>4</sup>. PECES BARBA expresa algo muy similar cuando dice que el objetivo de los derechos sociales es «la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en la plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> CASCAJO CASTRO, J.L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pág. 21.

<sup>4</sup> En este punto es preciso aclarar, para salvar la coherencia del concepto apuntado, que existen derechos incluidos por buena parte de la doctrina entre los derechos sociales, como el derecho al medio ambiente que no responden a este criterio y que, por tanto, a mi juicio, no pueden ser calificados como derechos sociales.

<sup>5</sup> PECES BARBA, G.: *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Editorial Dykinson-Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Cuaderno núm. 11, Madrid, 1999, págs. 57-58.

Esta caracterización permite incluir entre los derechos sociales, sin ningún lugar a dudas, los derechos laborales, puesto que la finalidad de todos ellos es garantizar un trato digno del trabajador <sup>6</sup>, procurando superar la desigualdad fáctica que se establece entre trabajadores y poseedores de los medios de producción (empresarios del sector privado o Administración pública en tanto que empleador) en el marco de sus relaciones laborales, y desde el mismo instante en que se conforman tales relaciones.

Volviendo a la cuestión inicial, esto es, a la relativa a qué contenido tiene la expresión «derechos constitucionales de los trabajadores», podría decirse que los mismos son todos los derechos laborales que tienen reconocimiento en nuestro texto constitucional <sup>7</sup>, teniendo en cuenta que todos ellos son derechos sociales, y que conforman un subgrupo dentro de esta categoría amplia que, a su vez, se caracteriza en razón de los titulares de estos derechos, esto es, los trabajadores o las agrupaciones de trabajadores.

En la Constitución Española (CE), los derechos de los trabajadores se reparten entre los tres grupos de derechos que el texto fundamental diseña en función del elenco de garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales que se asocia a cada uno de ellos. Se integran en la Sección Primera del Capítulo II del Título I (De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas) la libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho a la huelga (art. 28.2 CE) <sup>8</sup>. En la Sección 2.ª del Capítulo II del Título I (De los Derechos y Deberes de los ciudadanos), se encuentran el derecho al trabajo y la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), el derecho a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE) <sup>9</sup>. Por último se incluyen en el

<sup>6</sup> Estos derechos laborales pretenden, según Américo PLA, «la protección del trabajador como ser humano, que es titular de una serie de derechos fundamentales, en ocasión del desarrollo de su actividad laboral. Es el amparo del hombre durante el tiempo que se dedica al trabajo, o sea, la parte mayor de su existencia desde el punto de vista de la duración. Y es un amparo que protege al mayor número de personas que son las que se dedican a ganar su sustento a través de una actuación laboral subordinada. Lo que se relaciona con el trabajo afecta al mayor número de personas por el periodo más prolongado de su vida». PLA, A.: «Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo», en *Debate Laboral. Revista Americana e Italiana del Derecho del Trabajo*, San José, Año III, núm. 6, 1990, pág. 19.

<sup>7</sup> En la medida en que es preciso restringir el objeto de análisis en estas páginas, se hace referencia a los derechos constitucionales de los trabajadores, de modo que se limita el análisis a la regulación constitucional de estos derechos. No obstante, esto no puede hacernos olvidar su reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966), en la Carta Social Europea (Turín, 1960) y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000).

<sup>8</sup> A estos derechos se les asocian las siguientes garantías: aplicabilidad directa de los derechos asociada al carácter normativo de la Constitución (art. 9.1 CE), vinculación a estos derechos de todos los poderes públicos (art. 53.1 CE), respeto por parte del legislador a su contenido esencial en el momento en que afronte su desarrollo normativo (art. 53.2 CE), reserva de ley orgánica para el desarrollo de la normativa que regule su ejercicio (art. 81.1 CE), reforma constitucional agravada en caso de que se valore la modificación de los preceptos constitucionales en que se recogen (art. 168 CE), y garantías jurisdiccionales específicas en sede jurisdiccional ordinaria (amparo ordinario como recurso preferente y sumario) y en sede constitucional (amparo constitucional) (art. 53 CE). En último término como garantía institucional específica, estos derechos serán objeto de atención por parte del Defensor del Pueblo en su labor de observador cualificado (art. 54 CE).

<sup>9</sup> En este supuesto son garantías de cumplimiento de los derechos la aplicabilidad directa de los mismos (art. 9.1 CE), la vinculación a estos derechos de todos los poderes públicos (art. 53.1 CE), respeto por parte del legislador a su contenido esencial en el momento en que afronte su desarrollo normativo (art. 53.2 CE), la reserva de ley para el desarrollo de la normativa que regule su ejercicio (art. 53.1 CE), reforma constitucional agravada en caso de que se valore la modificación de los preceptos constitucionales en que se recogen (art. 168 CE). En este caso concurre también la garantía institucional prestada por el Defensor del Pueblo, pero no se diseña garantía jurisdiccional específica alguna.

Capítulo III del Título I (De los principios rectores de la política social y económica) <sup>10</sup> el principio de pleno empleo y el derecho a desarrollar el trabajo en determinadas condiciones dignas (art. 40 CE), la garantía de la prestación por desempleo (art. 41 CE), la garantía de los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero (art. 42 CE) y el reconocimiento a las asociaciones empresariales (art. 52 CE) <sup>11</sup>. Así pues, y resumiendo, hay derechos constitucionales de los trabajadores que son derechos fundamentales del núcleo duro a los que se asocian la totalidad de garantías previstas para proteger los derechos fundamentales, derechos constitucionales con un nivel menor de garantías, particularmente jurisdiccionales, y principios rectores.

Ello nos lleva a afirmar que, en materia de derechos sociales en general, y en materia de derechos laborales constitucionales en particular, es preciso huir de las clasificaciones rígidas, máxime cuando se superponen distintos sistemas de ordenación. En la línea de lo manifestado por ABRAMOVICH y COURTIS, «la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero una conceptualización más rigurosa lleva a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho está determinado por el peso simbólico de componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen» <sup>12</sup>.

Resuelto el qué, resta por hablar del por qué vale la pena hacer un alto para hablar de los derechos de los trabajadores. En el año 1985, Jordi SOLÉ, en la presentación al libro de Teresa FREIXES sobre *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución* diría que «la historia de la constitucionalización de los derechos sociales de los trabajadores es una historia de conflictos sangrientos, de victorias, de derrotas, de esperanzas, de frustraciones, de grandes pasos adelante y de grandes retrocesos. Es, en definitiva, una parte fundamental de toda nuestra historia contemporánea y una expresión, casi física, de las contradicciones de nuestros sistemas sociales y políticos».

Esta afirmación sigue siendo cierta un cuarto de siglo después, pero además su evocación apela con crudeza a la situación de crisis del sistema financiero, del sistema productivo y, como consecuencia, del mercado de trabajo. En España, y según la última Encuesta de Población Activa (EPA) consultada para realizar este estudio, esto es, la correspondiente al segundo trimestre del 2011, el índice de desempleo (20,89%) es el más alto desde el año 1997. Cuatro millones ochocientas treinta y tres mil setecientas personas están buscando empleo y no logran encontrar un puesto de trabajo, es decir, un poco más de uno de cada cinco ciudadanos <sup>13</sup>. Aunque estos datos estarán

<sup>10</sup> Respecto de los principios rectores, el artículo 53.3 de la CE establece que su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, no pudiendo ser alegados ante la jurisdicción ordinaria más que de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

<sup>11</sup> Faltaría en el listado propuesto el derecho a la Seguridad Social. Este derecho, que se sostiene precisamente gracias a la existencia de trabajadores, no beneficia solo a estos sino también a las clases pasivas, razón por la cual se encontraría a medio camino entre los derechos laborales y los derechos sociales no laborales. En este trabajo, por razones de extensión y porque su naturaleza «mixta» lo justifica, no va a ser tratado.

<sup>12</sup> ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Contextos. Revista crítica de derecho social*, núm. 1, 1997, págs. 3-55, aquí, pág. 18.

<sup>13</sup> Se pueden ampliar estos sucintos datos acudiendo a la EPA. La EPA es una investigación continua y de periodicidad trimestral realizada por el Instituto Nacional de Empleo (INE) desde 1964, cuya finalidad es recopilar y presentar datos relacionados con el mercado laboral. Puede consultarse en la página web del INE (último acceso 15 de septiembre de 2011): [http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft22/e308\\_mnu&file=inebase&L=0](http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft22/e308_mnu&file=inebase&L=0)

en breve obsoletos me parece importante citarlos para dar una idea de las dimensiones actuales de los problemas reales que atormentan a los trabajadores, y que menoscaban, de facto, sus derechos, particularmente su derecho a conseguir, a través del desempeño de un puesto de trabajo, los medios de vida imprescindibles para garantizar su integración en una sociedad que observa, aturdida, las dificultades para remontar la situación de crisis laboral.

Y junto a los datos, las incertidumbres y las paradojas: la de proclamación del derecho al trabajo en una situación económica que no solo impide hablar de la consecución del objetivo del pleno empleo, sino que nos coloca muy lejos de ese desiderátum constitucionalmente reconocido (art. 41 CE); la percepción social de que los sindicatos se han institucionalizado de tal modo que están subordinados a quienes ejercen el poder político en sentido más estricto (partidos, parlamento, gobierno) y que ya no representan los intereses de la mayoría de los trabajadores; la escasa efectividad real de la mayor parte de las huelgas convocadas y en paralelo la proliferación de las «huelgas salvajes» o ilegales y las reacciones contundentes del Estado al recurso a estas medidas excesivas de conflicto colectivo; las inmensas dudas sobre la continuidad y sostenibilidad de nuestro modelo de bienestar social; la difícil conjugación entre la integración económica regional que alienta el fenómeno de la deslocalización de empresas dentro (o fuera) del territorio comunitario y la irrenunciabilidad a los derechos adquiridos de los trabajadores de la Europa Occidental; la conciencia de la irrenunciabilidad de las conquistas sociales que suele asimilarse a la irrenunciabilidad de los derechos sociales y que se compadece mal con la situación de crisis económica...

Estos son solo algunos ejemplos que avalan la certera apreciación de Jordi SOLÉ respecto de cómo los derechos de los trabajadores nos ponen delante de las contradicciones y paradojas más notables de nuestro sistema jurídico, y de nuestra realidad económico-política.

Por último, un apunte en relación con «cómo» sería aconsejable aproximarse al problema. Hasta la fecha y en nuestro país, las cuestiones relacionadas con los derechos constitucionales de los trabajadores han sido tratadas por la doctrina laboralista, desde una aproximación, evidentemente, iusprivatista. Aunque no siempre es así, la aproximación de los laboralistas a los derechos constitucionales de los trabajadores parte de la premisa de que se trata de límites, más o menos necesarios, a la libre contratación laboral, como una suerte de intervención del Estado en las relaciones de trabajo. Una aproximación desde el constitucionalismo ¿se plantearía desde el mismo punto? Tengo la intuición de que no, pero es solo una intuición porque hay pocos trabajos en profundidad sobre los derechos laborales fundamentales/constitucionales realizados por la doctrina constitucionalista, como si se hubiera hecho dejación del análisis de estos derechos. Por eso es preciso recuperar el estudio de los mismos desde el constitucionalismo, es decir, desde una perspectiva iuspublicista, en la que los derechos no son concebidos como límites de la autonomía de la voluntad, sino como garantía del pleno desarrollo de la personalidad, y como vehículo de realización de los principios de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, valores proclamados como los superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). Las páginas que siguen no pretenden más que plantear, de forma fundamentalmente descriptiva, los puntos de partida para ese imprescindible estudio.

## 2. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

El diseño que hace la CE de los derechos laborales se basa, a juicio de la mayor parte de la doctrina laboralista <sup>14</sup>, en la concepción de un modelo de ordenación de las relaciones de trabajo fundamentalmente democrático y esencialmente dialéctico. Esta doble dimensión habría condicionado que los derechos fundamentales de los trabajadores se diseñen en torno a dos ejes fundamentales: el de la libertad sindical, mediante el reconocimiento de la especial posición de los sindicatos en el sistema democrático (art. 6 CE) y de la libertad sindical como derecho fundamental integrante de la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I; y el de la autonomía colectiva, que se traduciría en un reconocimiento de la negociación colectiva del que se derivaría la especial posición de los convenios colectivos como pieza esencial del sistema normativo laboral.

Desde esta perspectiva podría dar la impresión de que lo instrumental se ha convertido en lo fundamental. Dicho de otro modo, los derechos de los trabajadores al trabajo, al descanso, al salario digno, a las condiciones adecuadas y dignas de desempeño de la actividad laboral, a la participación en la vida de la empresa, etc., parecen quedar relegados frente a los derechos del ámbito sindical y a la negociación colectiva cuya razón de ser es (o debería ser) trabajar por el desarrollo, consolidación y adecuado disfrute de los anteriores. Es más, desde la perspectiva examinada, la real modulación de los derechos apuntados (los que orbitan en torno al derecho al trabajo en sentido estricto) dependería, a la postre, de la concertación social, que es la que goza de una posición constitucional preeminente, a juzgar por la posición del derecho a la libertad sindical y por el espíritu que, siempre según la doctrina laboralista, inspira el diseño de las relaciones laborales en nuestro ordenamiento constitucional.

La cuestión es que, si se hace actualmente una relectura del texto constitucional a la luz de la jurisprudencia constitucional relacionada con los derechos de los trabajadores, no se puede por más que avalar la precisión de la valoración doctrinal mayoritariamente extendida, porque, como veremos enseguida, el supremo intérprete de la Constitución ha sobredimensionado el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, cortando las alas en paralelo –e hipertrofiando en consecuencia– el derecho al trabajo y los que se relacionan directamente con este último.

Teniendo en cuenta este planteamiento, analizaremos los derechos de los trabajadores clasificándolos en torno a tres grandes grupos: los que se relacionan con el derecho al trabajo en sentido estricto, la libertad sindical, y la negociación colectiva asociada al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, particularmente la huelga.

Pero antes de entrar a ello es preciso recordar que, cuando nos referimos a los derechos de los trabajadores, no es fácil definir a los titulares de estos derechos. Las pretensiones de este texto están lejos de poder abordar este tema para ofrecer una definición clara, máxime cuando ni el texto constitucional opta por un modelo común de titularidad de esos derechos <sup>15</sup>. De modo que nos limitare-

<sup>14</sup> Por todos véase PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991.

<sup>15</sup> VALDÉS DAL-RE, F. En el prólogo a LAHERA FORTEZA, J.: *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

mos a dar por buena la concepción del Tribunal Constitucional que, a los efectos de disfrute de las libertades sindicales, considera trabajadores a todos aquellos que tienen una relación material de trabajo, exista o no un contrato laboral formal, esto es, independientemente de que posean o no la condición jurídico-formal de trabajadores «entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales (...), 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 artículo 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»<sup>16</sup>.

### 3. EL DERECHO AL TRABAJO Y SUS SATÉLITES<sup>17</sup>

Nuestro texto constitucional establece en el artículo 35.1 que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo». Partiendo de la premisa de que, tal y como se deriva de la jurisprudencia constitucional, el campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función Pública está regulado en el artículo 103.3 de la Norma Fundamental y no en el artículo 35 de la CE (SSTC 99/1987, FJ 7; y 178/1989, FJ 8), de la lectura de este precepto cabe extraer tres conclusiones que, no por ser quizá obvias, han de quedar relegadas.

En primer término el constituyente no ha considerado al trabajo como un derecho fundamental, sino un derecho constitucional «ordinario». No se adorna, por tanto, con la totalidad del haz de garantías previsto para la libertad sindical o el derecho a la huelga, pero a pesar de ello tampoco se considera como un principio rector, es decir, vincula directamente a los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legal, un desarrollo legal que ha de respetar la reserva de ley, habiendo de ser esta última respetuosa con el contenido esencial del derecho, y debe ser garantizado jurisdiccionalmente por medio de los recursos legalmente previstos al efecto<sup>18</sup>.

En segundo lugar, es el único derecho que se define a su vez como deber constitucional, lo cual complica sobremedida su caracterización constitucional. Para simplificar esa caracterización la

<sup>16</sup> FJ 9 de la STC 236/2007, que resuelve uno de los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>17</sup> En relación con el derecho al trabajo, es preciso destacar la monografía de SASTRE IBARRECHE, R.: *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996. Entre otras cosas este trabajo realiza una detallada introducción sobre el origen filosófico y la evolución histórica del derecho en el capítulo titulado «dos siglos en la historia de la jurificación de una idea política», págs. 23 y ss.

<sup>18</sup> El desarrollo normativo del derecho al trabajo se traduce en la aprobación de un conjunto normativo complejo y muy extenso, que se ordena en torno a tres leyes de referencia, aprobadas en aplicación de lo previsto en el artículo 35.2 de la CE. El trabajo por cuenta ajena se ve regulado en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; el trabajo por cuenta propia en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, y el trabajo al servicio de la Administración pública en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

mayor parte de la doctrina ha mostrado su acuerdo al afirmar que la configuración del trabajo como deber constitucional corresponde a una obligación social genérica y no a un deber de obligado cumplimiento frente al Estado cuya inobservancia llevaría apercada la acción coercitiva del poder público, y esto porque el Estado no puede obligar a desempeñar una cierta actividad, es decir, están prohibidos los trabajos forzados, incluso para los reclusos (art. 25.2 CE), en perfecta coherencia con lo que dispone el Convenio de Roma en su artículo 4, que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y cualquier tipo de trabajo forzado.

Por último, la redacción del artículo 35 de la CE evoca la construcción de un derecho complejo, conformado, si dejamos de lado la interdicción de discriminación por razón de sexo en el trabajo, que a nuestro juicio se trata claramente de la proyección de un derecho laboral inespecífico<sup>19</sup>, por:

- a) El derecho a trabajar.
- b) La libertad de elegir oficio o profesión.
- c) El derecho a promocionar a través del trabajo.
- d) El derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades personales y familiares.

a) **El derecho a trabajar** podría describirse afirmando que es la facultad reconocida de acceder a un puesto de trabajo, desarrollar las actividades vinculadas al mismo y conservarlo. Respecto de la primera dimensión existe un cierto acuerdo doctrinal a la hora de admitir que el artículo 35 de la CE no está en condiciones de establecer un derecho público subjetivo al trabajo que tenga como correlato una obligación del Estado de proporcionar un puesto de trabajo a cada ciudadano, sencillamente porque, en nuestro modelo económico-político, el Estado no tiene el control sobre toda la estructura ocupacional, puesto que no es el sector público el que sostiene el sistema productivo, ni el que proporciona a este la totalidad de los trabajadores. Muy al contrario, la estructura ocupacional y el sistema productivo dependen, en su mayor parte, de los sujetos privados, que, a su vez, tienen reconocida en la Constitución, la libertad de empresa (art. 38 CE). No obstante, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho al trabajo supone el derecho a un puesto de trabajo, en una doble dimensión, individual –reconocida en el art. 35.1 CE– y colectiva –contemplada en el art. 40.1 CE–, y que en su dimensión individual el derecho se «concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa». Por lo que hace a la dimensión colectiva, la misma «implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma» (STC 22/1981, FJ 8).

<sup>19</sup> Véase nota al pie 2, en este mismo trabajo.

Frente a las anteriores afirmaciones, de complicadísimo desmentido, lo que sí parece que el Estado puede garantizar es el derecho a la estabilidad y la continuidad en el empleo, que se traduciría no en una traba absoluta a ser despedido (STC 101/2000, FJ 5), sino en la imposibilidad de ser despedido si no existe una causa justa, y que, a su vez, habilitaría al Estado para intervenir normativamente en materia de finalización de la relación laboral (SSTC 192/2003, FJ 4; y 20/2004, FJ 2).

Se concluye, por tanto, que no parece tener cabida en nuestro texto constitucional un derecho de acceso a un puesto de trabajo que el Estado esté obligado a garantizar en positivo. Ahora bien, el artículo 25.2 de la CE introduce una singular excepción a esta conclusión general, porque reconoce que los condenados a penas de prisión que estuvieran cumpliendo la misma tendrán derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social. Pareciera deducirse de la dicción literal del precepto que se está reconociendo aquí un derecho prestacional claro a favor de los reclusos, un derecho que obliga al Estado a proporcionar empleo a todos los reclusos que deseen trabajar. Pero solo pareciera, porque el máximo intérprete de la Constitución en las SSTC 82/1986, 2/1987 y 172/1989 ha afirmado que para quien está privado de libertad, lo que reconoce el artículo 25.2 es un «derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata».

b) **La libertad de elección de profesión u oficio** se asocia a la libertad de trabajar, que aparece como dimensión del derecho al trabajo constitucionalmente recogido en el artículo 35 de la CE, en el texto de la STC 22/1981.

No obstante la confusión terminológica –avalada por el silencio jurisprudencial en el orden constitucional– que asocia, mezcla y discrimina sin excesiva justificación el derecho al trabajo y la libertad de trabajar no ayuda en exceso a discernir entre estas dos dimensiones de lo que, en nuestro texto constitucional, parece ser un único derecho.

Podría decirse que el reconocimiento de la libertad de trabajar implica la obligación de los poderes públicos de abstenerse de realizar cualquier intervención obstativa de esa libertad, así como la interdicción al empresario de obstruir el normal desarrollo de la prestación laboral pactada como contenido del puesto de trabajo. Dicho de otro modo, la libertad de trabajar también implica la ocupación real y efectiva del trabajador que tiene un puesto de trabajo, tal y como se deduce de lo establecido en el ATC 246/2003, que en su fundamento jurídico segundo afirma que «(...) la ocupación real y efectiva del trabajador, consagrada en el artículo 4.2 a) del Estatuto de los Trabajadores, viene a ser la concreción jurídica, en el plano de la legalidad ordinaria, del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE, formando parte de su contenido esencial»<sup>20</sup>.

Esta dimensión del derecho al trabajo, parece ser que no impide establecer condiciones de acceso a determinados tipos de puestos de trabajo. Dice el fundamento jurídico de la STC 83/1984 que «el derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 35.1 no es el derecho a desarrollar

<sup>20</sup> Véase el trabajo de GUANCHE MARRERO, A.: *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, Civitas, Madrid, 1993.

cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio (...). La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los artículos 35.1 o 38».

Expresado en negativo, la proclamación de la libertad de trabajar excluye la configuración de un derecho a desarrollar profesiones tituladas, derecho supeditado a multitud de requisitos diversos, entre ellos, y fundamentalmente, a la posesión de un título académico y a la inscripción en el correspondiente colegio profesional, institución reconocida a su vez en el artículo 36 de la CE, para establecer, por un lado, que la ley regulará las peculiaridades propias de su régimen jurídico y, por otro lado, que su funcionamiento y estructura interna han de ser democráticos.

Dicho de otro modo, la obligatoriedad de la colegiación, para el ejercicio de determinadas profesiones tituladas, supone materialmente una condición limitadora de la libertad de trabajar, y como correlato, del derecho al trabajo en que aquella se integra. Por tanto, aquí se percibe claramente una tensión entre la proclamación de un derecho y la configuración de un límite que, en este caso, parece tener incluso más reconocimiento constitucional que el propio derecho. No obstante, el Tribunal Constitucional parece no entenderlo así, al afirmar (por todas, STC 83/1984) que, como ya hemos dicho, el derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, lo que significa que la regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es una regulación del ejercicio del derecho fundamental contenido en el artículo 35.1 de la CE y, por tanto, no está sometida tal regulación a la obligación de preservar un contenido esencial de derechos y libertades que en ese precepto no se proclaman, concluyendo el alto intérprete constitucional que la regulación del ejercicio profesional, en cuanto no choque con otros preceptos constitucionales, puede ser hecha por el legislador en los términos que tenga por conveniente.

En la misma línea, pero refiriéndose en este caso al empleo público, el Tribunal Constitucional también ha dicho que «el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no garantiza en modo alguno el derecho a que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, con ausencia de determinadas limitaciones, sino que garantiza, simplemente, que el legislador, en el ámbito de la función pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos a los que, con objetividad, ha de servir» (STC 178/1989, FJ 8).

**c) El derecho a promocionar a través del trabajo y el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades personales y familiares**, que se pueden situar bajo un mismo paraguas, el del derecho a desarrollar el trabajo en determinadas condiciones dignas, que cobija asimismo los principios contenidos en el artículo 40.2 de la CE que se refieren a la necesidad de que los poderes públicos:

- Fomenten una política que garantice la formación y readaptación profesionales.
- Velen por la seguridad e higiene en el trabajo.

- Garanticen el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

El desarrollo jurisprudencial de estos derechos en sede constitucional no es excesivamente amplio, puesto que el recurso de amparo no hace de ellos objeto de atención. Pero aun así, por la vía de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que evocaban como parámetro el artículo 35.1 de la CE, el Tribunal ha tenido ocasión, por ejemplo, de afirmar que el derecho a la promoción a través del trabajo está vinculado con el derecho legal a la clasificación profesional, y a la consiguiente existencia de recursos en materia de clasificación profesional (STC 51/1982).

#### 4. EL SISTEMA DE DERECHOS QUE GIRAN EN TORNO A LA LIBERTAD SINDICAL

En la CE de 1978<sup>21</sup> el fenómeno del sindicalismo se reconoce hasta en cuatro preceptos. El artículo 7 de la CE, en el Título Preliminar, reconoce la existencia de los sindicatos, exige un funcionamiento democrático en la estructura interna de los mismos y contempla la denominada libertad de acción sindical. El artículo 28 de la CE reconoce la libertad sindical en sentido estricto; el artículo 103.3 de la CE recoge la exigencia de que una ley regule el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, y el artículo 127.4 de la CE prohíbe a jueces, magistrados y fiscales en activo pertenecer a sindicatos, si bien se les reconoce el derecho a la creación de asociaciones profesionales, según las modalidades que defina la ley. Y junto a este «prolífico» reflejo constitucional, no puede olvidarse la referencia a la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (en adelante, LOLS), que es preciso leer, por lo demás, a la luz de lo dispuesto en la STC 98/1985, desestimatoria de tres recursos previos de inconstitucionalidad interpuestos contra la ley.

Si la dimensión objetiva, es decir, la determinación del contenido del derecho, era la más problemática a la hora de referirse al derecho al trabajo, seguramente pueda decirse que la más compleja de las dimensiones de la libertad sindical sea la subjetiva, o dicho de otro modo, la que tiene que ver con sus titulares, y eso porque se afirma que la libertad sindical contiene una dimensión individual, así definida porque los titulares del derecho serán todos los trabajadores con algunas excepciones puntuales<sup>22</sup>, y otra colectiva, de que son titulares los sindicatos, condicionando esta determinación de la titularidad, en cada uno de los dos casos, el contenido del derecho fundamental.

<sup>21</sup> En relación con el surgimiento histórico del derecho a la libertad sindical véase el trabajo de Teresa FREIXES: *Los Derechos Sociales de los trabajadores en la Constitución*, op. cit., págs. 32 y ss.

<sup>22</sup> Están excluidos de la titularidad del derecho los *fiscales* en activo (lo que se deduce de una lectura conjunta de los artículos 127.1 de la CE, 1.4 de la LOLS y 54 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), los *miembros de las Fuerzas Armadas* (arts. 28.1 CE, 2.3 LOLS y 182 Ley 85/1978, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas); los *miembros de Institutos Armados* o los demás cuerpos sometidos a disciplina militar, es decir, la Guardia Civil (arts. 1.3 LOLS y Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) y los *Jueces y Magistrados* (arts. 127.1 CE, 1.4 LOLS y 401 LOPJ). Por su parte, verán limitado el ejercicio del derecho los *miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado* no sometidos a disciplina militar (arts. 1.5 LOLS y 18 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), así como los *trabajadores por cuenta propia* que no tengan trabajadores a su servicio, los *trabajadores en paro* y los que *hayan cesado en su actividad laboral*, como consecuencia de su incapacidad o jubilación (art. 3.1 LOLS).

Así, la dimensión individual del derecho incluye, en su contenido esencial, las facultades de:

- a) Fundar sindicatos sin autorización previa, suspender su actividad y terminar con la misma.
- b) Afiliarse a un sindicato en las condiciones establecidas en sus estatutos.
- c) No afiliarse a ningún sindicato, de lo que se deriva la interdicción de sindicación obligatoria, o separarse del sindicato al que se hubiera estado afiliado.
- d) Elegir representantes dentro de cada sindicato.
- e) Desarrollar una cierta actividad sindical (art. 8 LOLS), así como la «garantía de indemnidad», esto es, el derecho del «trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa, lo que incluye la nulidad de cualquier despido lesivo de la libertad sindical (entre otras, SSTC 38/1981 y 21/1992), así como la proscripción de cualquier «diferencia de trato por tales razones y que determina el menoscabo del derecho a la libertad sindical si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, o si este queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical» (por todas, STC 17/2005, FJ 2).

Mientras que, por su parte, la dimensión colectiva implica que los sindicatos, independientemente de su nivel de representatividad, pueden, en la vertiente organizativa que se asocia a la libertad sindical:

- a) Redactar sus estatutos, autoorganizarse y elaborar el programa de acción siempre que respeten la condición de que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos.
- b) Constituir federaciones, confederaciones y organizaciones sindicales internacionales y afiliarse a las mismas.
- c) No ser suspendidos ni disueltos sino por resolución judicial firme.

En paralelo, el contenido esencial de la vertiente funcional, que integra también la libertad sindical de los sindicatos, les habilita para desarrollar una actividad sindical fuera y dentro de la empresa lo que supone la posibilidad de llevar a cabo la negociación colectiva y de adoptar medidas de conflicto colectivo <sup>23</sup>. A ese contenido esencial se suma un contenido adicional, atribuido por normas legales (fundamentalmente por la LOLS), y en el que se incluyen, entre otras, las facultades de representación institucional, promoción y presentación de candidaturas en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en las Administraciones públicas <sup>24</sup>, la formación de secciones sindicales, o la posibilidad, por ejemplo, de recaudar las cuotas sindicales o de celebrar reuniones fuera de las horas de trabajo y previa notificación al empresario (arts. 8, 9 y 10 LOLS).

<sup>23</sup> Sobre la configuración del contenido esencial y del contenido adicional de la dimensión colectiva del derecho en el sentido apuntado, véase por todas la STC 281/2005, FJ 3.

<sup>24</sup> Véase nota anterior.

Al nutrido haz de facultades que se asocia a la libertad sindical, y al que acabamos de referirnos, se unen las que derivan de posición de mayor representatividad sindical<sup>25</sup>, esto es:

- a) La representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal o autonómico que la tengan prevista [art. 6.3 a) LOLS].
- b) La negociación colectiva en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores [art. 6.3 b) LOLS].
- c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación [art. 6.3 c) LOLS].
- d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo [art. 6.3 d) LOLS].
- e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones públicas [art. 6.3 e) LOLS].
- f) Gozar de la cesión de inmuebles públicos con carácter temporal si se cumplen determinadas condiciones adicionales de representatividad<sup>26</sup>.

Puede apreciarse, claramente, la amplitud del contenido de la libertad sindical. Y junto a ello es preciso no olvidar que el sistema de cauciones encaminadas a proteger este derecho es particularmente garantista por dos razones.

En primer lugar porque a las garantías genéricas asociadas a todos los derechos contenidos en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo 2.<sup>o</sup> del Título 1.<sup>o</sup> se adicionan el amparo ordinario específico regulado en la Ley de Procedimiento Laboral<sup>27</sup>, la consideración como nulo de un despido por afiliación

<sup>25</sup> Esta posición viene dada por la «audiencia sindical», esto es, el número de representantes obtenidos en las elecciones sindicales. A nivel estatal se predica la máxima representatividad de las organizaciones sindicales que acrediten una especial audiencia sindical, expresada en la obtención en el ámbito estatal del 10 por 100 o más del total de delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas, así como aquellos entes sindicales afiliados o federados a una organización sindical de dicho ámbito que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con el criterio anterior. En el nivel autonómico gozan de máxima representatividad las organizaciones sindicales que acrediten una especial audiencia sindical en el ámbito autonómico, expresada en la obtención del 15 por 100 o más de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito nacional, así como los entes sindicales afiliados o federados a una organización sindical de este ámbito que tenga la consideración de más representativo de acuerdo con el criterio anterior. Y por último, en un ámbito específico, poseen máxima representatividad las organizaciones sindicales que obtengan en un ámbito territorial y funcional específico el 10 por 100 o más de los delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas.

<sup>26</sup> Esas condiciones suponen que, en el ámbito estatal, tengan afiliadas, por lo menos, el 10 por 100 de las empresas, siempre que los trabajadores a su servicio alcancen el 10 por 100 del total o en el ámbito autonómico el 15 por 100 de las empresas y de los trabajadores de dicha Comunidad.

<sup>27</sup> Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se ha aprobado el nuevo Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que, en los artículos 175 y siguientes, referidos al amparo ordinario en defensa de la libertad sindical, ha sido rediseñado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

o actividad sindical del trabajador, y la tipificación de una serie de delitos contra la libertad sindical (arts. 9.3 LOPJ y 315 CP).

Y en segundo lugar porque el amparo ordinario y el amparo constitucional (garantías jurisdiccionales directas) protegen tanto el contenido esencial como el contenido adicional del derecho, esto es, el que viene determinado por el desarrollo legal que de la libertad sindical hace la LOLS, tal y como afirma el propio Tribunal Constitucional en una jurisprudencia consolidada y nutrida, uno de cuyos primeros exponentes es la STC 51/1988, en la que se afirma que el reconocimiento o creación legal de un medio de acción sindical «adicional a los mínimos indispensables» significa que los actos contrarios a esos derechos o facultades adicionales puedan calificarse como vulneradores del derecho fundamental, pues el derecho fundamental se integra no solo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades que haya reconocido el legislador (en el mismo sentido, SSTC 101/1991, 30/1992, 164/1993, 1/1994, 188/1995, 145/1999, 201/1999, 70/2000, 132/2000, 76/2001, 175/2004, 60/2005 y 281/2005).

Bien es cierto que a esta amplia protección el Tribunal Constitucional opone un límite, al establecer que no cualquier violación del contenido adicional del derecho a la libertad sindical supone una infracción del mismo, sino que solo se afectará al derecho contenido en el artículo 28.1 de la CE si los impedimentos u obstáculos al goce de ese contenido adicional no responden a razones de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos que el autor de la norma legal o reglamentaria haya podido tomar en consideración (SSTC 51/1988, 30/1992 y 70/2000). Dicho de otro modo, no toda reducción de las posibilidades de acción o de la capacidad de obrar de un sindicato puede calificarse de atentado a la libertad sindical, sino que es preciso que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley (SSTC 187/1987, 235/1988 y 30/1992).

Resulta evidente el refuerzo normativo y jurisprudencial que nuestro constituyente, nuestro legislador y el supremo intérprete de la Constitución han dado a la libertad sindical. Pero esa especial consideración jurídica hacia este derecho no ha corrido en paralelo con un fortalecimiento de los sindicatos en el marco de las relaciones laborales, es decir, en el marco de la realidad social. Al contrario, en los últimos años los sindicatos se han ido debilitando, prueba de lo cual es la minoración del número de afiliados y la pérdida de su capacidad de ejercer presión sobre las empresas, esta última asociada, seguramente a la escasa efectividad de la huelga como mecanismo de presión en este nuevo mercado global. Dicho de otro modo, los sindicatos están acusando seguramente su incapacidad para adaptarse a las exigencias de un nuevo mercado de trabajo global<sup>28</sup>.

## **5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, EL DERECHO A ADOPTAR MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO (ART. 37.2 CE) Y, EN PARTICULAR, EL DERECHO A LA HUELGA (ART. 28.2 CE)**

El apartado 2 del artículo 37 de la CE reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, precisando que «la ley que regule el ejercicio de este dere-

<sup>28</sup> En este sentido se pronuncia DE MIGUEL, I.: «Libertad sindical y derecho al desarrollo: ¿Dos conceptos llamados a encontrarse?», en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 8, núm. 12, 2003, págs. 217-250.

cho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad».

Por lo que hace a la negociación colectiva, el Tribunal Constitucional dijo en el fundamento jurídico tercero de su Sentencia 58/1985 que la «facultad que poseen "los representantes de los trabajadores y empresarios" (art. 37.1 CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional», lo que determina que el mandato que el artículo 37.1 de la Constitución formula a la ley de garantizar «"la fuerza vinculante de los Convenios" no significa que esta fuerza venga atribuida *ex lege*. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario». La cuestión de los límites de la negociación colectiva, así como de la posición de los convenios colectivos en el ordenamiento jurídico excede con mucho el contenido de estas páginas, así que baste con dejar apuntado el contenido vinculante de los convenios y la conexión constitucional del derecho de negociación.

Dando un paso más, y entendiendo el conflicto colectivo como una controversia acerca de las condiciones de trabajo que se instala entre trabajadores y empresarios, las medidas para gestionar ese conflicto fueron ya reconocidas por el Tribunal Constitucional en la temprana STC 11/1981, dando particular relieve a la huelga y al cierre patronal<sup>29</sup>. Dejando de lado el cierre patronal, en la medida en que sus titulares son los empresarios y no los trabajadores y que por tanto este derecho excede del objeto principal de estas páginas, las reflexiones sobre el derecho a la huelga no han faltado desde que se aprobara la Constitución<sup>30</sup>, e incluso, antes, habida cuenta de que la normativa infraconstitucional que regula el derecho, esto es, el Real Decreto-Ley de Huelga 17/1977 es también preconstitucional.

Si bien esta disposición normativa es preciso leerla a la luz de lo dispuesto en la STC 11/1981, una de las grandes discusiones en relación con el derecho a la huelga gira precisamente en torno a la necesidad o no de elaborar una nueva normativa reguladora, que desarrolle, en el sentido estricto del término, el artículo 28.2 de la CE, que reconoce, como bien sabemos el «derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses». Hasta la fecha, más allá del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y Medidas de Conflicto Colectivo que fue presentado al Parlamento y publicado en el

<sup>29</sup> En relación con el resto de medidas de solución de conflictos colectivos véase el reciente trabajo de VIVERO SERRANO, J.B.: «El ejercicio del derecho de huelga y la solución del conflicto colectivo de fondo por diversos medios», en *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 10, 2009 (ejemplar dedicado a: *Aspectos colectivos de las relaciones laborales*), págs. 197-208.

<sup>30</sup> De hecho este es, sin duda, el derecho constitucional de los trabajadores al que la doctrina ha prestado mayor atención. Centrándonos solo en las monografías o en las obras colectivas, pueden citarse, en relación con el derecho a la huelga, y en orden cronológico, las siguientes: ALONSO GARCÍA, M.: *La huelga y el cierre empresarial*. Instituto de Estudios Económicos, 1979; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La huelga con ocupación de lugar de trabajo*. Akal, 1981; GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España. Calificación y efectos jurídicos*. Editorial Bosch, Madrid, 1983; BAYLOS GRAU, A.P.: *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Tecnos, 1987; DURÁN LÓPEZ, F.: *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, Servicio de Publicaciones, y BOJA, D.L., Sevilla 1988. DIEZ SÁNCHEZ, J.J.: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Civitas, Madrid, 1990; VV.AA.: *Ayer*, núm. 4, 1991. Ejemplar dedicado a: *La huelga general*; GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa*, Civitas, Madrid, D.L. 1992; VV.AA.: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Año 1993, Número Extraordinario 17. Dedicado a: *El derecho de huelga: seminario Hispano-Alemán*. CASSAGNE, J.C.: *La huelga en los servicios esenciales*, Civitas, Madrid, 1993; GOERLICH PESET, J.M.: *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch, 1994;

Boletín Oficial de las Cortes de fecha 1 de junio de 1992, y que nunca llegó a buen puerto a causa de la disolución anticipada de las Cortes en el año 1993<sup>31</sup>, no ha habido muchos intentos por regular uno de los pocos derechos fundamentales que aún no ha sido desarrollado por una ley orgánica.

La posición más crítica con el desarrollo legal argumenta que todo desarrollo es, per se, una limitación, y que lo mejor que puede pasar para garantizar el pleno disfrute del derecho a la huelga es que se dé aplicación directa al artículo 28.2 de la CE, sin que el legislador mediatice –límite por tanto– ese disfrute. Pero esa posición soslaya el hecho cierto de que actualmente existen cuestiones problemáticas relacionadas con el ejercicio de este derecho, particularmente la fijación de las garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad en el contexto de una convocatoria de huelga, fijación que por mandato constitucional debería contenerse en esa ley orgánica de desarrollo, por el momento inexistente.

Del Real Decreto-Ley de Huelga de 1977 y de la jurisprudencia constitucional que se ha referido a este derecho en el curso de los últimos 30 años se puede extraer un diseño (quizá demasiado) general del derecho.

Así, el derecho a la huelga se puede definir como una alteración temporal de la ordinaria relación de trabajo mediante la cesación colectiva y simultánea de la prestación de servicios por los trabajadores que ejercen el derecho a la huelga<sup>32</sup>, cesación que es fruto de una concertación espontánea

---

MATÍA PRIM, J.: *El abuso del derecho de huelga: ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el ordenamiento español*, Consejo Económico y Social de España, 1996; GONZÁLEZ, C.: *La titularidad del derecho de huelga: en especial en la función pública, perspectivas jurídico-críticas*, Comares, Granada, 1999; FERRANDO GARCÍA, M.F.: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Editorial Aranzadi, 1999; CEINOS SUÁREZ, A.: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*, Comares, 2000; RENTERO JOVER, J.: *El comité de huelga en el derecho español del trabajo*, Consejo Económico y Social de España, 2002; BAYLOS GRAU, A. (coord.): *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, 2005; FERNÁNDEZ, R.: *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga: (apuntes sobre las soluciones ofrecidas por los ordenamientos británico y español)*, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, León, 2006; CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2006; VIVERO SERRANO, J.B.: *La terminación de la huelga*, Tirant lo Blanch, 2007; y VV.AA.: *Revista del Instituto de Estudios Económicos*. Dedicado a: *La regulación del derecho de huelga en España*, Año 2010, núms. 2-3.

<sup>31</sup> Sobre el proyecto de ley véanse los trabajos de DOMÍNGUEZ BAUTISTA, J.C.: «Algunos apuntes sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 3, 1993, págs. 9-43; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *El proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993: La huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993; SALA FRANCO, T.: «Consideraciones de urgencia acerca del proyecto de ley orgánica de huelga», en *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. extra 1, 1992, págs. 7-20; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «El derecho de huelga y su ejercicio: el Real-Decreto de relaciones de Trabajo y el Proyecto de Ley de huelga», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. extra 17, 1993 (ejemplar dedicado a: *El derecho de huelga: seminario Hispano-Alemán*), págs. 113-116; y VIDAL CARUANA, G. y VIDAL BENEYTO, G.: *La Ley de huelga consensuada: texto definitivo y comentarios*. Madrid: CDN, D.L. 1992.

<sup>32</sup> El derecho no se extiende a los *trabajadores autónomos* (profesionales liberales, agricultores, otros regímenes de autónomos), pero sí a los *funcionarios públicos*. El Tribunal Constitucional entendió que el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado y, por consiguiente, tampoco prohibido, por el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo. Tampoco gozan del mismo los *militares*, pero sí el *personal civil* dependiente de establecimientos militares (la disp. adic. primera del RD 2205/1980 prevé que dicho personal tendrá los derechos de sindicación y huelga «con el alcance y contenido que en función del superior interés de la Defensa Nacional, señala la normativa específica de aplicación a dicho personal»). Por último tampoco pueden ejercitar el derecho a la huelga los *estudiantes*. En relación con

nea (asamblea de trabajadores) u organizada (representantes de los trabajadores), y cuyo objetivo es ejercer presión sobre el empresario para obtener mejoras laborales o consolidar y mantener mejoras ya obtenidas, es decir, para obtener un interés profesional colectivo y que se justifica, en palabras del propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 123/1992, para «equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria».

Del mismo modo que en relación con la libertad sindical se hablaba de las dimensiones individual y colectiva del derecho, en este caso no existen estas dos dimensiones, sino que se acude al paradigma de la titularidad individual y el ejercicio colectivo del mismo<sup>33</sup>. Ese paradigma, llevado al terreno del disfrute fáctico del derecho, supone que el de huelga es un derecho ejercido por el trabajador de forma totalmente autónoma, siendo al mismo tiempo una medida de presión de realización colectiva.

Esto se traduce en que es el trabajador el sujeto titular que tiene derecho a adherirse a una huelga convocada, así como tiene el derecho a no participar de la huelga<sup>34</sup> o a dejar de hacerlo en un momento dado. La titularidad individual del derecho implica a su vez que el trabajador huelguista tiene derecho a no ser sustituido por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa en el momento de ser convocada la huelga, ni por trabajadores internos de mayor cualificación (SSTC 123/1992, 66/2002), ni por otros trabajadores que tuvieran, sencillamente, asignadas funciones distintas en la misma empresa (SSTC 18/2007 y 33/2011), que al cesar la huelga el trabajador que ha participado en una huelga legal tiene derecho a la reincorporación a su puesto de trabajo (art. 48.1 ET)<sup>35</sup>, y que mientras dure la huelga en la que está participando el trabajador no tendrá derecho al salario (art. 6.2 RDL 17/1977) y permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social (art. 6.3 RDL 17/1977). Junto a lo anterior la jurisprudencia constitucional más reciente pone el acento en su dimensión de derecho de conflicto colectivo, para justificar que en el marco de su ejercicio puedan darse situaciones de tensión que, en otros contextos, puedan ser constitutivas hechos punibles. Así el Tribunal afirma que el ejercicio del derecho a la huelga, si bien no ampara actos violentos, ha de interpretarse como «un derecho fundamental de conflicto, y que esa circunstancia impone no solo una determinada aproximación en la delimitación de sus contenidos (...) sino, asimismo, la asunción y defensa constitucional de una caracterización del derecho y de los márgenes en su ejercicio que respondan a ese contexto de conflicto y a su finalidad de defensa de intereses de los trabajadores en los escenarios de tensión y antagonismo en los que tiene lugar su desarrollo. Lo contrario desnaturalizaría su contenido esencial» (STC 104/2011, FJ 6).

---

las limitaciones subjetivas del derecho a la huelga puede consultarse el trabajo de MONEREO PÉREZ, J.L.: «Límites subjetivos del derecho de huelga: algunas reflexiones críticas», en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1993, págs. 89-113.

<sup>33</sup> Véanse, en relación con este tema, las reflexiones de CASTRO ARGÜELLES, M.A.: «Titularidad y ejercicio del derecho de huelga», en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1994, págs. 267-299; DURÁN LÓPEZ, F.: «Titularidad y contenido del derecho de huelga», en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1993, págs. 336-350; y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «La titularidad diferenciada del derecho de huelga», en *Actualidad laboral*, ISSN 0213-7097, núm. 2, 1992, págs. 357-364.

<sup>34</sup> SANTANA GÓMEZ, A.: *El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas*, Civitas, Madrid, 1993.

<sup>35</sup> La participación en una huelga ilegal (art. 11 RDL 17/1977) puede llevar aparejado el despido disciplinario (art. 54.2 ET), como también puede llevarlo el negarse a llevar a cabo los servicios de seguridad y mantenimiento (art. 54.2 ET), puesto que en este caso la huelga puede ser considerada como huelga abusiva (art. 6.7 RDL) y el negarse a cumplir los servicios mínimos en los servicios esenciales a la Comunidad (JPTC).

Junto a todo lo anterior el derecho es ejercido por el trabajador en tanto individuo integrante de un grupo (sindicato, representación unitaria de los trabajadores o asamblea de trabajadores), porque es el grupo el que convoca la huelga (art. 3 RDL 17/1977), comunica su realización (art. 3 RDL 17/1977), nombra el comité de huelga (art. 5 RDL 17/1977), elige la modalidad de la misma, controla y dirige el proceso huelguístico, da publicidad a la huelga (art. 6.6 RDL 17/1977) y la desconvoca.

Más allá de la complejidad que deriva de este paradigma teórico, las dos cuestiones que han resultado más complicadas en relación con el ejercicio del derecho a la huelga se refieren a las cláusulas de paz laboral y a la fijación de los servicios mínimos.

El artículo 8.1 del Real Decreto-Ley 17/1977 establece que los convenios colectivos pueden establecer normas relacionadas con «la renuncia, durante su vigencia, al ejercicio» del derecho de huelga. Estas normas, que se denominan cláusulas de paz laboral, suponen la renuncia obligada colectiva o sindical, por parte de los firmantes de las mismas, del derecho de huelga, en virtud del reconocimiento de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE). Estas cláusulas generan suspicacia en relación con su ajuste constitucional, en la medida en que suponen, de algún modo, la renuncia al ejercicio del derecho a la huelga, pero son defendidas por buena parte de la doctrina laboralista en la medida en que, por un lado, no suponen más que la disponibilidad del ejercicio colectivo del derecho y no la disponibilidad de la titularidad del derecho y, por otro lado, no se formulan en términos de renuncia absoluta al mismo, «sino en cuanto fórmula transaccional de estrategia negociadora a cambio de otras contraprestaciones».

Por lo que hace a la cuestión de los servicios esenciales para la comunidad, o los servicios mínimos, la cuestión es todavía más polémica. Se definen como servicios esenciales las actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad (STC 26/1981), pero su determinación concreta depende de la Administración pública, que determinará *ad casum* el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga, porque, en principio, hoy no se ha determinado mediante norma legal ningún tipo de actividad productiva que en sí misma pueda considerarse esencial. Ahora bien, la cuestión que es preciso resolver es si es posible determinar por ley cuáles son esos servicios esenciales, o al menos algunos de esos servicios esenciales, o si esa determinación es imposible, debiendo dejarse, como sucede hasta ahora, al arbitrio de la Administración pública, que, en su determinación, deberá ponderar las circunstancias concurrentes en la huelga y en la comunidad sobre la que incide y la naturaleza de los bienes constitucionalmente protegidos sobre los que repercute.

A estas dos cuestiones es preciso sumar una de interés mucho más reciente, y quizá circunstancial, la relacionada con las conexiones entre el derecho a la huelga y la suspensión de derechos derivada de la declaración de estados excepcionales. El supuesto de hecho que da lugar al interés por la cuestión se describe por referencia a la «huelga» de controladores de 3 de diciembre de 2010. Ese mismo día el Consejo de Ministros aprobó, mediante su inclusión en un real decreto-ley, el nuevo marco legal para la liberalización de la gestión de los 47 aeropuertos que integran la red de AENA, marco legal que afectaría a la prestación de los servicios de tráfico aéreo en relación con las horas de «actividad aeronáutica» anual de los controladores de tránsito aéreo. En respuesta a esta medida, y en torno a las 17.00 horas del mismo día 3 los controladores aéreos, de forma concertada y masi-

va, empezaron a comunicar a AENA su incapacidad para continuar ofreciendo el servicio, abandonando su puesto de trabajo y provocando el cierre del espacio aéreo de Madrid y de los aeropuertos de Palma de Mallorca, Ibiza y Menorca. Ante esta situación, y dada la imposibilidad de solventar el conflicto por otras vías, el Gobierno decide declarar, el día 4 de diciembre y por primera vez desde que entró en vigor la Constitución de 1978, el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, mediante el Real Decreto 1673/2010.

La declaración del estado de alarma no supone la suspensión del derecho a la huelga, sino que es la reacción gubernamental ante el ejercicio abusivo de este derecho. Según el artículo 55 de la CE, el derecho a la huelga solo se suspende cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en el artículo 116 del propio texto. Frente a ello, la declaración del estado de alarma, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 c) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio, es el resultado de la paralización de un servicio público esencial para la comunidad, a resultas de la inobservancia de lo contenido en los artículos 28.2 y 37.2 de la CE o, dicho de otro modo, a resultas de la falta de respeto a las condiciones constitucionalmente impuestas al ejercicio del derecho a la huelga. En el caso que nos ocupa el Gobierno entendió, por un lado, que el control aéreo es un servicio esencial para la comunidad en la medida en que su prestación garantiza el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento (art. 19 CE) y, por otro, que los controladores ejercían de manera ilegítima su derecho a la huelga, al no haberse dado un preaviso (art. 3 RDL) y al no asegurarse el mantenimiento de los servicios esenciales de tráfico aéreo, y por último que el cierre del espacio aéreo «constituye, sin duda, una calamidad pública de enorme magnitud» y una «situación de catástrofe pública existente». Todas estas razones avalan la declaración del estado de alarma<sup>36</sup>. Quince días más tarde, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.2 de la CE, el Congreso de los Diputados acordó autorizar la prórroga del estado de alarma, en los términos solicitados por el Consejo de Ministros<sup>37</sup>.

No parecen plantear excesivas dudas las razones de la declaración del estado de alarma, ni el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 4 c) de la Ley Orgánica 4/1981 para declarar el estado de alarma<sup>38</sup>. Lo que podría generar más controversia, en cambio, es la cuestión de la proporcionalidad de la medida, exigencia que también concurre en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/1981, al establecer que las medidas a adoptar en el estado de alarma sean las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad, en el bien entendido de que su aplicación se realice en forma proporcionada a las circunstancias, o la pertinencia de la prórroga del estado. A juicio de quien suscribe, si bien podría defenderse, con ENÉRIZ OLAECHEA la proporcionalidad de la medida, no resulta defendible, como dice PULIDO QUECEDO la prórroga del estado excepcional, prórroga que no parece sino querer prevenir la reproducción de la situación, prevención que no pare-

<sup>36</sup> Sobre la declaración del estado de alarma en este supuesto véase ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: «La declaración del estado de alarma para la normalización del transporte aéreo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2011, págs. 79-94; PULIDO QUECEDO, M.: «La prórroga del estado de alarma "por incertidumbre"», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 813, 2011, pág. 17.

<sup>37</sup> Véase la publicación de esta decisión en el BOE de 18 de diciembre de 2010, núm. 307.

<sup>38</sup> Esos requisitos son:

- a) La paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad.
- b) Que no se garantiza lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, y que
- c) Concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en el mismo artículo 4, que son las de catástrofe, calamidad, desgracia públicas, crisis sanitaria o desabastecimiento de productos de primera necesidad.

ce ser la finalidad constitucionalmente querida de la declaración del estado de alarma, máxime cuando tal garantía se plantea frente a la incapacidad política de resolver, como en el caso que nos ocupa, un largo conflicto laboral.

Para concluir, y pese a los problemas que hemos visto y que rodean en la práctica el ejercicio del derecho a la huelga, la jurisprudencia constitucional le ha dotado de una posición preeminente, que el Tribunal deriva de su particular protección, y que lo sitúa por encima de la libertad de empresa y del resto de medidas de conflicto colectivo que pudieran acometerse. En la STC 123/1992 se expresa el Tribunal de manera meridianamente clara, por lo que vale la pena reproducir algunos fragmentos de su fundamento jurídico quinto: «El derecho de huelga (...) goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su artículo 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el artículo 28, confiriéndole –como a todos los de su grupo– una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (arts. 53, 81 y 161 CE). La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores (...) cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga (...). Aquí entra en juego el concepto de lo "social" que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el artículo 9 de la Constitución y, con ella, la justicia»<sup>39</sup>.

## 6. LAS CUESTIONES CONSTITUCIONALES ABIERTAS EN TORNO A LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

### a) El reequilibrio entre derecho al trabajo y libertad sindical

Tal y como se ha venido describiendo, la regulación constitucional y la interpretación jurisprudencial de la misma, en lo que atañe a los derechos constitucionales de los trabajadores, se basa en un estudiado desequilibrio entre la posición de la libertad sindical y la posición del derecho al trabajo. Siendo este último el eje fundamental en torno al cual deberían girar todos los derechos laborales constitucionalmente reconocidos, la realidad es que, el diseño constitucional y la interpretación hecha del mismo por el Tribunal Constitucional colocan el eje de rotación en la libertad sindical, que, al fin y a la postre, podría ser considerada como instrumental –o, en expresión de MAUPAIN<sup>40</sup>, como

<sup>39</sup> Comenta esta sentencia MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Posición preeminente de los derechos fundamentales: El caso del derecho de huelga: (Nota a la STC 123/92, de 28 de septiembre)», en *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 27, 1993, págs. 99-104.

<sup>40</sup> MAUPAIN, F.: «Revitalization Not Retreat: The Real Potencial of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers Rights», en *European Journal of International Law*, Oxford University Press, 2005, vol. 16, núm. 3, págs. 448-449.

derecho facilitador— del derecho al trabajo entendido en sentido amplio, puesto que la finalidad del ejercicio pleno de la misma es trabajar en la mejora de las condiciones laborales de quienes trabajan y de la incorporación al mundo laboral de quienes no tienen empleo. El desequilibrio parte, sin duda, de la propia opción constitucional a la hora de asociar una serie de garantías a la libertad sindical y no al derecho al trabajo, y de esta opción se deriva el hecho de que el Tribunal Constitucional haya desarrollado una jurisprudencia mucho más rica en materia de libertad sindical y huelga, derechos ambos protegidos por la garantía jurisdiccional del amparo constitucional, que en materia del derecho al trabajo. Pero no es esta la única razón de ese desequilibrio. El Tribunal Constitucional, cuando ha tenido que pronunciarse sobre ambos derechos y sobre aquellos que se les asocian, ha sido generoso con el diseño de la libertad sindical, y restrictivo con el derecho al trabajo. Para muestra de esto último cabe evocar la reflexión que se hacía más arriba en relación con la restrictiva interpretación del derecho al trabajo de los penados, o con la validación constitucional de la colegiación obligatoria en unos términos, sin duda, innecesariamente amplios.

## **b) La configuración legal del derecho a la huelga dentro del marco constitucional**

Los problemas fundamentales que se han descrito al referirse al derecho a la huelga, es decir, la cuestión de las cláusulas de paz social, de la determinación de los servicios esenciales para la comunidad, así como la proliferación de las huelgas abusivas o directamente ilegales, aspectos a los que se une la conveniencia de estudiar la libertad de empresa como límite del derecho de huelga <sup>41</sup>, impulsan el debate en torno a la necesidad de regular este derecho definitivamente en una ley orgánica.

Ahora bien, en la elaboración de esa disposición, a mi juicio, sería preciso partir de dos presupuestos básicos. Por un lado, la conveniencia (quizá incluso la necesidad) de que esa ley sea fruto del diálogo previo entre el poder ejecutivo (que seguramente es el sujeto más oportuno para llevar a buen puerto la iniciativa legislativa), los sindicatos y los empresarios, un diálogo cuyos resultados, evidentemente, tendrán el aval del poder legislativo que es quien, a la postre, debe aprobar la disposición normativa con rango de ley orgánica que nuestra Constitución exige. Por otro lado, la importancia predominante que en una ley de huelga debe tener la regulación de los procedimientos, por delante, incluso, que la definición precisa y terminada de las cuestiones de fondo. Dicho de otro modo, es muy posible que una ley no pueda hacer una determinación cerrada y definitiva de cuáles sean los servicios esenciales para la comunidad. Como mucho podrá establecer un listado básico no cerrado (servicios sanitarios, servicios de transporte, servicios energéticos, servicios de limpieza, etc.), pero no puede pretender ser exhaustiva, puesto que no lo conseguiría en ningún caso. Así pues, frente a la imposibilidad de agotar la regulación material, es preciso definir con precisión los procedimientos administrativos tendentes a determinar esos servicios esenciales y su correlato de servicios mínimos en caso de convocatoria de huelga, de modo que al arbitrio de la Administración quede lo más alejado posible de la arbitrariedad. Y junto a ello es preciso establecer mecanismos de revisión jurisdiccional de las decisiones administrativas que sean preferentes y sumarios, con la fijación de plazos de planteamiento de los recursos y de resolución que sean perentorios (quizá a la imagen

<sup>41</sup> El debate sobre esta cuestión en concreto tiene un interesante reflejo jurisprudencial en el que se detiene el trabajo de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Derecho de huelga y libertad de empresa», en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 5, 2005, págs. 13-54.

de los recursos electorales en la vía contencioso-administrativa), lo que permitiría tener una resolución jurisdiccional en un plazo razonable, de modo que no se malogre la huelga, ni se mitiguen indeseablemente sus efectos. Como colofón de un procedimiento tal sería necesario plantearse, seguramente, la posibilidad de establecer un recurso de amparo especial, como sucede con el amparo electoral, en caso de desacuerdo de los convocantes de una huelga con las resoluciones jurisdiccionales que resuelven sus recursos frente a la actuación administrativa en la fijación, particularmente, de los servicios mínimos.

### c) La resistencia del contenido esencial del derecho al trabajo frente a las presiones para la flexibilización

La idea fundamental que está inspirando las actuales políticas laborales en los países fuertes de la Unión Europea, y que se impone también a países como España, es la escandinava noción de *flexicurity*, que llama a desarrollar medidas en que se aúne la flexibilidad del mercado laboral con unos niveles aceptables de protección y Seguridad Social. La flexibilización pasa, por ejemplo, por permitir horarios más flexibles de trabajo, crear sistemas laborales que garanticen la formación continua y la adaptación permanente de los trabajadores a los cambios rápidos y a las fases de desempleo, o modernizar la Seguridad Social para asegurar la movilidad interna y transfronteriza.

Ahora bien, la flexibilización parte de dos presupuestos que, cuando menos, se pueden entender como problemáticos desde la perspectiva del derecho al trabajo. El primero es que la flexibilización supone la mayor adaptabilidad del trabajador, es decir, carga el coste de este «nuevo» paradigma en las espaldas del trabajador que es quien debe reeducarse o estar dispuesto a desplazarse allá donde le diga la empresa. El segundo es que una mayor flexibilidad se asocia a una mayor intervención de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo, lo cual, en principio, ahonda en la positiva idea de concertación, de ejercicio del derecho a la negociación colectiva, de desarrollo de la actividad sindical..., pero ¿en un contexto de altas tasas de desempleo como el que hemos analizado, cuál es la fuerza real de los sindicatos y de los trabajadores a la hora de negociar las condiciones de trabajo? Seguramente la fuerza, en nuestro país, es poca, de lo que se deduce que existe el riesgo de que trabajadores y sindicatos transijan con determinadas condiciones laborales, es decir, con un «peor trabajo» a condición de que exista ese trabajo<sup>42</sup>. Debe recordarse, además, que el Tribunal Constitucional ha afirmado que no se deriva expresa o implícitamente del texto constitucional ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales (STC 58/1985, FJ 5), de lo que puede deducirse que la negociación colectiva no es, en principio, un escenario constitucionalmente inapropiado para limitar-regular el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores.

Y es que la crisis del mercado laboral, y su correlativa flexibilización, que en España no ha ido adecuadamente acompañada de un refuerzo del sistema de Seguridad Social (la otra dimensión

<sup>42</sup> En un sentido muy próximo al que se apunta en esta reflexión véase DE MIGUEL, I.: «Libertad sindical y derecho al desarrollo: ¿Dos conceptos llamados a encontrarse?», en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 8, núm. 12, 2003, págs. 217-250.

del binomio *flexicurity*), a causa de la necesidad de reducir el déficit público, ha afectado a la base sobre la que se sostienen todos los derechos sociales: el trabajo. Trabajo que, no lo olvidemos, no es solo un valor en términos económicos, sino un derecho constitucional. Por tanto, parece necesario abrir el debate sobre las condiciones (o por ser más clásico los límites) que el reconocimiento constitucional de tal derecho impone a quien diseña el marco normativo del mercado de trabajo, es decir, al ejecutivo y al legislador que asumen e incorporan en la legislación laboral los principios y herramientas de la flexibilización del mercado, sin reconstruir, al mismo tiempo, el sistema de Seguridad Social, minando con ello los cimientos de un estado del bienestar que, en el caso de España, no parece poder estar basado en esa inalcanzable utopía del pleno empleo.

#### **d) La sincronización entre el derecho constitucional laboral y el derecho laboral internacional y comunitario**

En un mercado de trabajo condicionado por la economía global, la consideración de los derechos fundamentales de los trabajadores desde una perspectiva global parece hacerse imprescindible y, en justa correspondencia, devenir fundamental la apertura del texto constitucional a las fuentes internacionales que contienen derechos de los trabajadores, apertura que, en el ordenamiento español se da, como sabemos, por la vía preferente del artículo 10.2 de la CE, sin que quepa olvidar la que proporciona el artículo 93 de la CE tras la reinterpretación que hace de este precepto la STC 1/2004.

Pero en este ámbito, la sincronización de los sistemas puede llevar a ahondar en el desequilibrio entre las libertades sindicales y el derecho al trabajo, o en el confinamiento de este último a resultas, prima facie, de la situación de crisis, y de la consolidación e implantación generalizada de la idea de «flexiguridad».

Si recurrimos al análisis de las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) retornamos al diagnóstico del desequilibrio. En el año 1998 se adoptó, en el seno de esta organización internacional tripartita (gobiernos, organizaciones internacionales de trabajadores y organizaciones internacionales de empleadores), el compromiso de proclamar una serie de derechos fundamentales de los trabajadores, escogiendo de entre los Convenios OIT aquellos que contuvieran esos derechos básicos, irrenunciables y preeminentes sobre el resto. Ese compromiso se tradujo en la adopción de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT<sup>43</sup>, que proclamó como tales, en síntesis, la abolición del trabajo forzoso u obligatorio y del trabajo infantil, la libertad sindical y la negociación colectiva y la interdicción de la discriminación en el empleo, al entender que los mismos son condición previa para el desarrollo de los demás, pues proporcionan el marco necesario para esforzarse en mejorar libremente las condiciones de trabajo individuales y colectivas. Nos encontramos de

<sup>43</sup> Los Convenios de la OIT que recogen esos derechos fundamentales en el trabajo son: el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (núm. 29); el convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); el Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, 1951 (núm. 100); el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); el Convenio relativo a la no discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 (núm. 111); el Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973 (núm. 138); y el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1999 (núm. 182).

nuevo ante la priorización de los derechos instrumentales (libertad sindical y negociación colectiva) y de los derechos laborales impropios (igualdad y no discriminación en el seno de la relación laboral) por encima del derecho angular, el trabajo, que solo se manifiesta, en estos principios básicos, para prohibirlo en el caso de que sea obligatorio, forzoso o infantil.

Si nos acercamos esta vez al ámbito regional de la Unión Europea <sup>44</sup>, vemos que la Carta de Niza contiene un amplio elenco de derechos laborales, sin dar particular relevancia a unos sobre otros <sup>45</sup>. En esta esfera, sin embargo, lo que preocupa más es la instrumentalización que se ha hecho hasta la fecha de los derechos laborales, a los que se ha moldeado, definido y tratado como herramientas para la consecución del objetivo principal del mercado único. La cuestión a plantearse es si el elenco de derechos contenidos en la Carta de Niza, y que es de tan reciente factura en lo que a su vinculatoriedad jurídica se refiere, supera esta aproximación a los derechos de los trabajadores. Seguramente la finalidad de la proclamación de los «derechos laborales europeos» es mejorar el nivel de vida del ciudadano, pero sigue existiendo la incertidumbre de si son tan solo instrumentales de las políticas de mercado o si son también la rienda que controla la tiranía del mercado en la medida en que una vez se ha logrado un cierto nivel de respeto de estos derechos, y a su vez un cierto grado de bienestar social, ya no se renuncia a este nivel <sup>46</sup>. Y la cuestión que profundiza en la incertidumbre es que la idea fundamental que está inspirando las actuales políticas laborales en los países de la Unión Europea es, como ya hemos dicho, la *flexicurity*. ¿Una idea a la que estará supeditada la interpretación y el desarrollo de los derechos laborales fundamentales de la Unión? Habrá que estar muy atentos para ver qué posición adopta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## e) La revisión de la idea de irreversibilidad de los derechos sociales

Herman HESSE formuló la teoría de la irreversibilidad de los derechos sociales «con el propósito de avanzar en los niveles de eficacia del Estado social y conseguir, en la práctica, una mayor consistencia del principio social del Estado» <sup>47</sup>. No obstante la teoría de HESSE suponía que lo irre-

<sup>44</sup> No puede olvidarse que en el mismo ámbito regional europeo, pero centrada sobre el Consejo de Europa, la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 contiene también derechos laborales.

<sup>45</sup> Recuérdese que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se estructura en torno a seis grandes valores: la dignidad (Título I), la libertad (Título II), la igualdad (Título III), la solidaridad (Título IV), la ciudadanía (Título V) y la Justicia (Título VI). Los derechos de los trabajadores se encuentran fundamentalmente en el Título IV, bajo la rúbrica de la solidaridad evidentemente, pero no solo. Así el Título reservado a la dignidad recoge la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso (art. 5), el Título dedicado a la libertad integra la libertad profesional y el derecho al trabajo (art. 15), así como la libertad sindical que se asocia a la libertad de asociación y reunión (art. 12), y el relativo a la igualdad incluye también el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), así como la integración de las personas discapacitadas (art. 26). Por su parte bajo la rúbrica de los derechos de solidaridad, y en lo que hace a los derechos de los trabajadores, se incluyen: el derecho de los trabajadores a la información y consulta en el ámbito de la empresa (art. 17); el derecho de negociación y acción colectiva, incluido el derecho a la huelga (art. 28); el derecho de acceso a los servicios de colocación (art. 29); el derecho a la tutela en caso de despido injustificado (art. 30); el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y justas (art. 31); la prohibición del trabajo de los menores y la protección de los jóvenes en el lugar de trabajo (art. 32); el derecho a la vida laboral y profesional (art. 33) se traduce en la tutela frente al despido ligado a las situaciones de maternidad; el derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social (art. 34).

<sup>46</sup> LA ROCCA, D.: «La patrimonialización de los derechos en la ciencia jurídica europea», en *REDCE*, núm. 5, enero-junio de 2006, págs. 121-144.

<sup>47</sup> GONZÁLEZ MORENO, B.: *Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, 2002.

versible es el núcleo esencial de las regulaciones sociales establecidas. Esta teoría tiene un sentido muy particular en el contexto constitucional germánico, cuya norma fundamental no formula concretamente ningún derecho social. En el ordenamiento español, PAREJO ha afirmado que «cualquier política legislativa que tuviera por objeto global la reducción o la supresión por sí misma de los derechos de contenido social ya reconocidos por el ordenamiento habría de ser calificada (...) de inconstitucional, por contradicción frontal con los principios proclamados en los artículos 1.1 y 9.2 (en relación con el 10 y el Capítulo III del Título I) del texto fundamental, es decir, con las directivas constitucionales definitorias de los fines estatales»<sup>48</sup>.

La idea de irreversibilidad de los derechos sociales es aplicable a los derechos de los trabajadores. Pero yo estoy, con HESSE, en que lo irreversible es solo el núcleo esencial de las regulaciones, de los derechos, porque un enroque en la idea de irreversibilidad puede ir en detrimento de la mejor protección posible que se puede conferir a un derecho<sup>49</sup>. La dificultad está en determinar qué es lo esencial y qué no. A mi juicio la reversibilidad de los derechos laborales es factible siempre que no se ponga en riesgo la finalidad de los derechos, y siempre que no se ataque el contenido esencial, constitucionalmente preservado, de esos derechos, teniendo en cuenta que, como he dicho al principio, la finalidad de los derechos laborales, como del resto de derechos sociales, es garantizar la cohesión social. Pongamos un ejemplo: el retraso en la edad de jubilación ha sido considerado, por muchos sectores, como un retroceso, como la reversión de un derecho adquirido y vinculado con la calidad de vida de los trabajadores. Si dejamos de lado el hecho –no despreciable– de que, para el Tribunal Constitucional español la determinación de la edad obligatoria de jubilación es más un límite al derecho al trabajo que una proyección de aquel (SSTC 22/1981 y 58/1985), podemos preguntarnos si el «derecho de jubilarse a los 65 años» es realmente esencial, y por tanto si es o no irreversible. Partiendo de que la Constitución no reconoce este derecho como tal, y por tanto asumiendo que se trata de un derecho de configuración legal, su supresión no ataca la finalidad de alcanzar la cohesión social que sustenta los derechos sociales, sino que, muy al contrario, avala el objetivo, puesto que lo que pretende es reforzar la masa trabajadora que integra las clases activas para, descargando las pasivas, rebajar la presión a que se ve sometido el sistema de Seguridad Social. Seguramente había mejores maneras de modificar la edad de jubilación, discriminando entre profesiones o entre perfiles profesionales, o estableciendo una fase inicial de modificación voluntaria de la edad de jubilación. Pero la conclusión final es que no parece que, en este caso, se haya atentado contra la irreversibilidad de los derechos sociales, atentado que, a mi juicio, sí se produce, cuando se flexibiliza en exceso el mercado laboral o cuando se aprueban medidas que inciden en la precarización del empleo y es que, y coincido plenamente con GARCÍA HERRERA, «no debería ser suficiente la mera referencia a problemas económicos sin contemplar simultáneamente el conjunto de decisiones adoptadas, no sea que los desequilibrios financieros puedan provenir de decisiones adoptadas en detrimento del modelo constitucional»<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Estado Social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, primera edición, 1983, págs. 90-91.

<sup>49</sup> Sobre la cuestión de la irreversibilidad de los derechos sociales en general resulta interesante la reflexión de GARCÍA HERRERA, M.A.: «Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española», en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, págs. 277-304.

<sup>50</sup> GARCÍA HERRERA, M.A.: «Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española», *op. cit.*, pág. 295.