

**DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO**

*Licenciado en Derecho. Doctorando Universidad de Salamanca*

**Extracto:**

LA actual Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha dado una nueva regulación a los derechos de sindicación y huelga de los trabajadores extranjeros. La regulación de los derechos de sindicación y huelga de los trabajadores extranjeros se encuentra recogida en el artículo 11 de la mencionada Ley, esta norma plantea ciertas dudas o lagunas, que en el presente trabajo pretendo abordar partiendo de la norma que lo regula a nivel constitucional, tratados internacionales suscritos por España; Ley de Extranjería de 1985; su Reglamento de 1996; Ley de Extranjería 4/2000; Ley de Extranjería 8/2000; Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical; y, el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. El objeto de este estudio pretende reflexionar sobre esta nueva regulación del derecho de sindicación y huelga en relación a los extranjeros en España. De igual manera se estudiará la libertad sindical de los trabajadores comunitarios. Al pertenecer España a la Comunidad Económica Europea, existen diferencias entre trabajadores comunitarios y extracomunitarios.

---

## Sumario:

---

- I. Derechos constitucionales de los extranjeros.
  
- II. La libertad sindical como derecho fundamental de los extranjeros.
  - 2.1. Interpretación del artículo 28.1 de la Constitución Española en relación a los trabajadores extranjeros.
  - 2.2. Tratados Internacionales suscritos por España donde se reconoce el derecho a la libre sindicación.
  
- III. Régimen jurídico del derecho a la libertad sindical del extranjero.
  - 3.1. Regulación de la libertad sindical según la Ley de Extranjería de 1985, su Reglamento de 1996 y la Ley Orgánica de Libertad Sindical.
  - 3.2. La libertad sindical de los extranjeros en la Ley Orgánica 4/2000.
  - 3.3. La libertad sindical de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000.
  
- IV. La libertad sindical de los trabajadores comunitarios.
  
- V. Derecho de huelga de los trabajadores extranjeros.

## I. DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS

La Constitución Española, en el artículo 13.1, establece «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». El constituyente mediante este precepto otorga a los extranjeros una gran gama de derechos y libertades, con la limitante de disfrutar estos derechos, según lo previsto en los Tratados internacionales y en las leyes <sup>1</sup>.

El alcance del precepto anterior, en cuanto al elemento subjetivo delimitador, se refiere a todos los extranjeros y no exclusivamente a los residentes. En relación a la extensión objetiva, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el significado de «libertades públicas» no tiene un significado restrictivo <sup>2</sup>, debiendo incluirse la totalidad de los derechos y libertades señalada en el Título I «De los derechos y deberes fundamentales». Para que nazcan estos derechos señalados en el artículo 13.1 de la Constitución Española, tiene que someterse a los Tratados internacionales y a las leyes internas. Entendiéndose que la Constitución no señala que los extranjeros disfruten de los derechos y libertades que le atribuyen estos instrumentos <sup>3</sup>, sino que disfrutarán de éstos de ello lo «que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

El Tribunal Constitucional añade en la nombrada Sentencia que tal argumento no indica «que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley», sino las libertades «que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Siendo de este modo derechos constitucionales los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros <sup>4</sup>.

Se ha criticado el artículo 13 de la Constitución Española, en relación a los dos primeros párrafos, por no ser derechos en sí mismo, aparte de la conexión efectiva con los derechos fundamentales, se refiere a reglas para el ejercicio de estos derechos <sup>5</sup>.

Los derechos reconocidos a los extranjeros por la Constitución Española tienen un límite, otorgando al legislador la particularidad de establecer condiciones adicionales, sin vulnerar el contenido esencial del derecho, o no limitarse a las prescripciones debidamente reconocidas a los ciudadanos extranjeros por la Constitución, el Tribunal Constitucional ha negado al legislador que «configure

libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya ha venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros (...) Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales»<sup>6</sup>.

El legislador estatal está en la potestad de no tener en consideración, para reconocer el ejercicio de cada derecho, la nacionalidad del extranjero, otorgándole el mismo tratamiento a españoles y a extranjeros, como es el caso de los derechos inherentes a la persona, atribuido en el artículo 10.1 de la Constitución Española<sup>7</sup>.

La Constitución Española reconoce una serie de derechos inherentes a la persona, que la titularidad no pueden ser excluidos los extranjeros, así como otros derechos que son reconocidos a los españoles y no los disfrutan los extranjeros. El Tribunal Constitucional recoge estos derechos, clasificándolos en diversos grupos:

- Derechos por igual a españoles y extranjeros. Son derechos concernientes a la dignidad humana, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral<sup>8</sup>, a la intimidad<sup>9</sup>, a la libertad ideológica<sup>10</sup>, el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>11</sup> y el derecho a la libertad personal y a la seguridad<sup>12</sup>. No hay que tomar en cuenta por parte del extranjero la nacionalidad, como la residencia legal o ilegal por ser irrelevante, y se tienen que regular en términos de igualdad para unos como para otros.
- Derechos compartidos por nacionales como extranjeros, reconocidos a estos últimos a lo establecido en los Tratados internacionales y por las leyes. La nacionalidad es de gran relevancia para poder ejercer sus derechos. «No obstante, en tanto en cuanto los derechos fundamentales son del individuo, la modulación que se pueda introducir al ejercicio por extranjeros nunca podrá llegar hasta hacer desaparecer el derecho o hasta desfigurarlo haciendo irreconocible»<sup>13</sup>.
- Derechos que no pertenecen a los extranjeros, por ser específicos a los nacionales, como es el caso del artículo 23.1 de la Constitución Española «Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal».

Al respecto el Tribunal Constitucional, en sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, señalaba: «Cuando el artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a los españoles. Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, "son iguales ante la ley", y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros». Por ello, surge la clasificación antes hecha.

La sentencia 99/1985, de 30 de septiembre, del Tribunal Constitucional, incluye la declaración general de que la Constitución Española, siendo «obra de españoles», no es sólo «para españoles», el Tribunal Constitucional trató de precisar que el artículo 13 de la Constitución Española, «frente a lo

que pudiera derivarse de una primera lectura, no significa que los extranjeros gocen en España tan sólo de los derechos y libertades que les reconozca la ley o la norma internacional, sino, más bien, que el disfrute de los derechos reconocidos en el Título I de la CE (de los que, como regla general, serían titulares, con las excepciones que marca la propia CE) "podrán atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española". Todo ello, claro está, salvo en lo que se refiere a aquellos derechos "que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano", que están ligados a la dignidad de la persona que proclama el artículo 10.1 de la CE»<sup>14</sup>.

Quedan fuera de este ámbito los derechos de sindicación y huelga, los cuales son, en cuanto a su contenido, de configuración legal. Para completar el disfrute de derechos y libertades por los extranjeros en España, debe hacerse mención a los derechos que en modo alguno pertenecen a los extranjeros como son los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución Española. En estos derechos se observa una cierta evolución interpretativa entre la primera doctrina del Tribunal Constitucional, que afirmaba que constitucionalmente no era exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles, indicando que la exigencia de una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución, a posteriores sentencias del Tribunal Constitucional<sup>15</sup> donde se constatan determinadas matizaciones a la anterior doctrina, en el sentido de otorgar relevancia constitucional al derecho en los supuestos en que existe una disposición administrativa que garantiza la igualdad de trato del extranjero.

## II. LA LIBERTAD SINDICAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS

### 2.1. Interpretación del artículo 28.1 de la Constitución Española en relación a los trabajadores extranjeros.

La libertad sindical constituye una de las piezas fundamentales del sistema de relaciones laborales propio del Estado social y democrático de derecho. La Constitución Española configura la libertad sindical como un derecho fundamental<sup>16</sup>, al indicar en el artículo 28.1 «Todos tienen derecho a sindicarse libremente (...)». Este carácter de derecho fundamental viene reconocido en el texto legal de la Constitución Española, al insertarla en el Título I, Capítulo 2.º, Sección 1.ª, con la protección otorgada por el artículo 53. La libertad sindical se configura como uno de los pilares básicos y piezas clave del sistema de relaciones laborales español, al ser España un Estado social y democrático de derecho, que propugna la libertad y la igualdad como uno de los valores esenciales que inspira su ordenamiento jurídico<sup>17</sup>.

El Tribunal Constitucional, en relación al mencionado artículo constitucional, ha manifestado que es «meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de la libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad»<sup>18</sup>.

La libertad sindical es un derecho atribuido constitucionalmente a los trabajadores asalariados, así como a los sindicatos resultantes de su ejercicio<sup>19</sup>. El genérico y ambiguo alcance de esta norma regulada en el artículo 28.1 de la Constitución Española, proveniente de la incorporación del pronombre «todos»<sup>20</sup> a la estructura gramatical de la norma, es objeto de especificación legislativa. Interpretándose que son todos los trabajadores tienen el «derecho de sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales», como lo establece el artículo 1.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Que la titularidad y el ejercicio de la libertad sindical se atribuyen a los trabajadores por cuenta ajena no impide, por otra parte, que el sistema normativo pueda contemplar razonablemente la inclusión en la titularidad del derecho de categorías de sujetos afines, distintos de los trabajadores asalariados o por cuenta ajena. De los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, que no sean autopatroños, disponen del derecho general de afiliación al sindicato de su elección, ya que podrán afiliarse a las organizaciones sindicales legalmente constituidas, pero no así del derecho de fundación de sindicatos de categoría que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica. El sentido de esta inclusión constitutiva dentro de la titularidad del derecho de libertad sindical no es otro que la posición socioeconómica semejante que exhiben trabajadores asalariados y autónomos no empleadores<sup>21</sup>.

Como se ha dicho la libertad sindical se encuentra reconocida en el artículo 28.1 de la Constitución Española, leído este artículo junto a otras medidas de acción sindical atribuidas a las instituciones sindicales, como es la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivos, atribuidos en el artículo 37 de la Constitución Española, y «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios», a los sindicatos, amparados por el artículo 7 de la Constitución Española, «desemboca igualmente en un modelo de estrecha vinculación de la libertad sindical con el ámbito genuino de las relaciones laborales y, por tanto, indisolublemente unida con el trabajo asalariado (...) cualquier intento expansivo del ámbito subjetivo de la libertad sindical, incorporado a situaciones diferentes al trabajo subordinado, conduciría a desvirtuar e incluso a desnaturalizar la significación jurídica de la libertad sindical como derecho constitucional; una ampliación en exceso de la libertad sindical como derecho constitucional; una ampliación en exceso de libertad desembocaría en una pérdida de identidad jurídica y, en última instancia, a un debilitamiento del alcance de un reconocimiento constitucional en relación con una colectividad de trabajadores que se integran en la actividad productiva con rasgos comunes bastantes señalados y que ocupan una posición bien definida en el mercado de trabajo»<sup>22</sup>. La esfera sindical se vincula exclusivamente con aquellas formas de organización y tutela que adopten los trabajadores<sup>23</sup>.

Un punto importante a destacar en el ámbito constitucional, el artículo 9.2 de la Constitución Española, señala «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», este artículo conduce a los poderes públicos que otorguen a dichas asociaciones un tratamiento preferente, promoviendo las condiciones para que esa libertad e igualdad sean reales y efectivas<sup>24</sup>.

## **2.2. Tratados Internacionales suscritos por España donde se reconoce el derecho a la libre sindicación.**

El artículo 10.2 de la Constitución Española indica que éstos deben interpretarse de «conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». El Tribunal Constitucional se ha referido al respecto, que los citados instrumentos determinan su contenido, otorgándoles el perfil exacto impuesto por la misma Constitución <sup>25</sup>. De igual manera el artículo 96.1 de la Constitución Española se refiere a los tratados internacionales al señalar «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno».

Por ello, tanto del artículo 96.1 como del 10.2 de la Constitución Española se deduce que los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados en España forman parte del ordenamiento interno, los relativos a derechos fundamentales cumplen una doble función: en primer lugar, una función normativa, de forma que suponen un mínimo <sup>26</sup> a respetar por la legislación interna del ordenamiento español en la definición y protección de los derechos fundamentales por ellos regulados; en segundo lugar, una función interpretativa, ya que los derechos fundamentales y las libertades reconocidas en la Constitución deben interpretarse con referencia a dichos tratados <sup>27</sup>.

En este sentido los Tratados internacionales ratificados por España <sup>28</sup> otorgan a toda persona el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse. Al respecto, se remite a los artículos 2.1 y 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos <sup>29</sup>; artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos <sup>30</sup>; Los Convenios de la OIT en especial los N.º 87 <sup>31</sup> y 98 <sup>32</sup>, relativos a la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, y el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, respectivamente; artículos 11 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas del Consejo de Europa <sup>33</sup>; artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <sup>34</sup>; artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea; artículos 11 <sup>35</sup> y 12 <sup>36</sup> de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

### **III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL DEL EXTRANJERO**

#### **3.1. Regulación de la libertad sindical según la Ley de Extranjería de 1985, su Reglamento de 1996 y la Ley Orgánica de Libertad Sindical.**

El artículo 10 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, reconoció a los trabajadores extranjeros que se encontraran legalmente en España el derecho a afiliarse libremente al sindicato u organización profesional de su elección, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles. En el ámbito reglamentario, el artículo 6 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, reitera el mismo

derecho, suprimiendo la referencia a la legalidad de la situación del trabajador, «omisión que carecía de trascendencia, por estar el precepto inserto en la sección dedicada a los derechos de los extranjeros que se encontraran legalmente en territorio español»<sup>37</sup>.

Posteriormente la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en el artículo 1, reconoce el derecho de todos los trabajadores «a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales». De allí nace que existía una igualdad plena entre trabajadores españoles y extranjeros en relación al reconocimiento del derecho de sindicación. Presentaban ciertas dificultades de interpretación en los preceptos de la ley y el reglamento de extranjería, ya que, se limitaban a reconocer el derecho del extranjero a afiliarse al sindicato de su elección, que no concordaba con el contenido de la libertad sindical, ya que el artículo 28 de la Constitución Española abarca tanto el derecho de afiliación como el de fundar sindicatos –mismos que no contemplaba la ley y el reglamento de extranjería–, «lo que en el plano legislativo, se refleja en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, a cuyo tenor esta libertad comprende los derechos siguientes: a fundar sindicatos, sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos, por procedimientos democráticos; a afiliarse a un sindicato o a separarse de aquel al que se estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a dicha afiliación; a elegir a los representantes dentro de cada sindicato; y a la actividad sindical»<sup>38</sup>.

El artículo 13.1 de la Constitución Española reconoce al legislador el hecho de establecer condiciones adicionales al ejercicio de los derechos de los extranjeros, como bien lo ha manifestado el Tribunal Constitucional «ha de respetar en todo caso las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales»<sup>39</sup>.

Por ello se ponía la constitucionalidad de los preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio y del reglamento de extranjería la cual regulaban la libertad sindical de los extranjeros<sup>40</sup>, «si bien se soslayó tal problema al considerarse que había de entenderse modificada la Ley de Extranjería por la Ley Orgánica de Libertad Sindical, por ser ésta posterior a aquélla, o al entenderse directamente que, al no prohibirse a los extranjeros la constitución de los sindicatos, aquéllos son titulares de este derecho»<sup>41</sup>.

### 3.2. La libertad sindical de los extranjeros en la Ley Orgánica 4/2000.

El artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, señalaba antes de su reforma, que «todos los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán el derecho a sindicarse libremente, o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que lo regulen». Este artículo elimina la necesidad de la estancia legal del extranjero en España como principal supuesto para el



reconocimiento tanto del derecho sindical como el derecho a huelga. De igual manera el mencionado artículo suprime la necesidad de que los sindicatos de elección sean exclusivamente españoles, o sea, desaparece la prohibición de constituir sindicatos con la finalidad de defender los intereses específicos de los trabajadores extranjeros, que debían acogerse a la vía del derecho general de asociación. «La extensión del ámbito subjetivo del derecho de libertad sindical a todos los extranjeros que se hallen en España, cualquiera que sea su situación, es sin duda el cambio más significativo y revelador del cambio de perspectiva que introducía» <sup>42</sup> la Ley Orgánica 4/2000.

### 3.3. La libertad sindical de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000.

La reforma reciente de la Ley de Extranjería por la Ley Orgánica 8/2000, de 23 de diciembre, al respecto ha cambiado su contenido en el artículo 11 señalando que «Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España» <sup>43</sup>.

La reforma actual plantea tres puntos base:

- a) Si la exclusión de algunas categorías de trabajadores puede ser contraria a la Constitución Española y a los convenios internacionales debidamente suscritos por España en relación al punto que nos ocupa, misma que ya se ha discutido al principio de este estudio a nivel constitucional;
- b) El reconocimiento de un derecho de carácter fundamental, a una situación precedente más limitada, «La nueva regulación del artículo 11 supone un retroceso sustancial con respecto a la Ley Orgánica 4/2000, articulado mediante una técnica dudosa por virtud de la cual se reconoce el derecho con un ámbito subjetivo amplio, pero se condiciona su ejercicio efectivo a la previa autorización de estancia o residencia de trabajo: un derecho de rango constitucional condicionado a una autorización administrativa no referida al núcleo del derecho» <sup>44</sup>;
- c) La eficacia que se puede plantear de la limitación introducida, es decir, se duda que se pueda llevar a cabo en la práctica estas limitaciones.

La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, desarrolla el artículo 28.1 de la Constitución Española, de forma restrictiva, es decir, la prenombrada ley se funda en los siguientes elementos: la exclusión de su ámbito de aplicación de las organizaciones empresariales; la separación que de manera muy clara establece entre el sindicato y las asociaciones profesionales; la reducción a los sindicatos por parte de los trabajadores autónomos <sup>45</sup>, es decir la reducción del sindicato al trabajo por cuenta ajena; la exclusión de los trabajadores que se encuentren desempleados o inactivos sea por jubilación o incapacidad.

Esta ley no menciona en ningún momento a los trabajadores extranjeros, por lo que se deduce que reconoce el derecho de sindicación «a todos los trabajadores», lo cual incluye a los funcionarios públicos y empleados públicos en régimen de Derecho Administrativo. Por ello la actual Ley Orgánica 8/2000, se puede ejercer el derecho de libertad sindical de los trabajadores extranjeros, en condiciones en relación a los nacionales, independientemente del permiso de trabajo, siempre y cuando sea una autorización de estancia o residencia.

Los trabajadores extranjeros, al igual que los trabajadores españoles, no podrán fundar sindicatos los trabajadores por cuenta propia, jubilados o pensionados, que tengan por fin defender sus específicos intereses, mientras sí pueden asociarse al sindicato. En otras palabras, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical establece «los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio», al igual que los incapacitados, parados y jubilados, «podrán afiliarse a las organizaciones sindicales con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica», se puede deducir que estos mismos podrán afiliarse a las organizaciones sindicales, mas no fundar sindicatos que tengan por objeto principal la tutela de sus intereses singulares, sin la limitación para poder constituir asociaciones de conformidad con la legislación vigente.

El supuesto de exclusión del ámbito de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, los trabajadores por cuenta propia o autónomos no empleadores, esto es, «que no tengan trabajadores a su servicio», quienes podrán afiliarse a las organizaciones de sindicatos constituidas legalmente, pero no fundar sindicatos de categoría, «que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica»<sup>46</sup>. La razón de esta inclusión dentro del ámbito subjetivo de la libertad sindical es que la posición socioeconómica semejante, que exhiben trabajadores asalariados y autónomos no empleadores. Lo que justifica un tratamiento normativo unitario de ambas categorías de sujetos en materia de libertad sindical, sin otro límite que el apuntado recorte en el contenido del derecho para los trabajadores autónomos. El Tribunal Constitucional ha establecido y reconoce, en sentencia 98/1985, de 29 de julio, 2: «si se parte de la idea válida de que el sindicato, en cuanto sujeto de la libertad de sindicación, se justifica primordialmente por el ejercicio de la actividad sindical, y que ésta se caracteriza por la existencia de otra parte ligada al titular del derecho por una relación de servicios y frente a la que se ejercita, siendo su expresión una serie de derechos como los de huelga, de negociación colectiva y de conflicto (reconocidos por los arts. 28.2, 37.1 y 37.2 de la CE), que no podría ejercer un sindicato de trabajadores autónomos, no hay motivo para considerar carente de fundamento razonable una regulación que en último término orienta el derecho de los trabajadores autónomos para defender sus intereses o hacia su integración en los sindicatos de trabajadores o, como hemos visto, hacia la constitución de asociaciones al amparo de la legislación específica, reconociéndoles un derecho que también deriva directamente de la Constitución (art. 22) y está dotado de igual grado de protección y de idéntica autonomía que el derecho de asociación sindical»<sup>47</sup>.

Se puede concluir en relación al derecho de libertad sindical, que existe un principio constitucional y legal de verdadera equiparación entre trabajadores nacionales y extranjeros. Siendo el artículo 11 de la Ley Orgánica 8/2000 «raya en el límite de la constitucionalidad al limitar un dere-

cho, como el de libertad sindical, unido a la dignidad de la persona en el ámbito laboral (dignidad laboral), ya que los derechos fundamentales y las libertades públicas se han de interpretar conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España (art. 10.2 CE)»<sup>48</sup>.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores se refieren al trabajador, como sujeto beneficiario del derecho a la libre sindicación. El contenido esencial de la libertad sindical lo establece el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, al señalar:

- a) El derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, de igual manera suspenderlos o extinguirlos, mediante procedimientos democráticos;
- b) El derecho que tiene el trabajador a poder afiliarse al sindicato de su elección con la simple observación de los estatutos del mismo, incluso el de separarse del que ya estuviese afiliado, sin estar obligado a afiliarse a un sindicato. Es lo que se llama la libertad sindical negativa, que se define como que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato<sup>49</sup>;
- c) La elección libre de los afiliados de sus representantes dentro de cada sindicato;
- d) El derecho a la actividad sindical<sup>50</sup>, comprendiendo el derecho de la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de los candidatos para la elección de Comités<sup>51</sup> de Empresas y Delegados de Personal, así como los órganos de las Administraciones públicas<sup>52</sup>.

#### IV. LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS TRABAJADORES COMUNITARIOS

Los ciudadanos de la Unión tienen un trato de privilegio con respecto a los extranjeros ciudadanos de países extracomunitarios<sup>53</sup>. Este trato de privilegio consiste en el derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad<sup>54</sup>, reconocido en el artículo 48 del Tratado de Roma, en el párrafo 2 al establecer que «La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». La interrogante que se plantea es si esta prohibición de discriminación se extiende a los derechos sindicales.

El Reglamento (CEE) N.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre, el cual desarrolla el artículo 48 del Tratado de Roma, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, señala en el artículo 8.1: «El trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro se beneficiará de la igualdad de trato en relación con la afiliación a organizaciones sindicales y el ejercicio de los derechos sindicales, incluyendo el derecho de voto y el acce-

so a los puestos de administración o de dirección de una organización sindical; podrá ser excluido de participar en la gestión de organismos de derecho público y del ejercicio de una función de derecho público. Además se beneficiará del derecho de elegibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa»<sup>55</sup>. O sea, que pese a la consagración de la igualdad con respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo, en el tema de los derechos sindicales se distinguen tres supuestos distintos<sup>56</sup>:

- a) Hay unas facultades que se les reconocen expresamente. Que son las referidas a la igualdad de trato en relación con la afiliación, al derecho de acceso a los puestos de administración o dirección de una organización sindical, y al derecho de elegibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa;
- b) En relación a otras facultades, se posibilita que se excluya a los trabajadores migrantes de su ejercicio. Expresamente se dice que pueden ser excluidos de participar en la gestión de organismos de derecho público y del ejercicio de una función de derecho público<sup>57</sup>;
- c) A lo relativo a otras facultades se guarda silencio, en especial, a lo referente a la libertad de constitución de sindicatos. Hay que interpretar este silencio, que afecta precisamente a una facultad sobre la cual el artículo 11 de la nueva ley de extranjería guarda silencio. Las dos interpretaciones posibles conllevan a posiciones absolutamente contrapuestas. Ya que, se puede defender que la prohibición de discriminación supone igualdad en el disfrute de los derechos sindicales y que, por tanto, al no admitirse expresamente la posibilidad de limitar el derecho de constitución de organizaciones sindicales, tal limitación no estaría permitida. Pero esta postura tiene sus frentes débiles. Los derechos sindicales no están expresamente mencionados en el artículo 48 del Tratado de Roma que, en general, habla de no discriminación en *empleo, retribución y demás condiciones de trabajo*. Así, la omisión de referencia al derecho a la libre constitución de sindicatos en el artículo 8 del Reglamento 1612/68, en que por primera vez se reguló de forma expresa aunque limitada el ejercicio de los derechos sindicales, podría suponer dejar el asunto a la libre decisión de cada Estado miembro.

Pues bien, con esta finalidad de dar cumplimiento a las Directivas comunitarias relativas a la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, y también a las concernientes a la libre circulación de personas que pretendiesen desplazarse y residir en España a efectos de trabajo, por cuenta propia o ajena, se dictó el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, hoy derogado y sustituido por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio. En relación al derecho de libertad sindical de los trabajadores comunitarios, el Real Decreto 766/1992 no contiene ninguna referencia, como tampoco respecto a ningún otro de sus derechos fundamentales. Por tanto, teniendo en cuenta la remisión al régimen general de Extranjería que con carácter supletorio establece el Real Decreto<sup>58</sup>, se entiende que también para los trabajadores comunitarios es de aplicación el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000.

Siendo titulares del derecho de libertad sindical, tienen derecho tanto a constituir como a afiliarse a sindicatos que estén abiertos a nacionales y extranjeros. También pueden acceder libremente a los puestos de administración y dirección de una organización sindical, y ser elegidos para formar parte de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, ya que el Reglamento CEE 1612/68 lo impone expresamente. Mientras que tiene prohibido constituir sindicatos para la defensa de sus intereses específicos como trabajadores de otro país, cuya afiliación estuviera prohibida a los trabajadores nacionales. Esta prohibición no es limitación arbitraria de su derecho de libertad sindical, sino una consecuencia del derecho a la no discriminación que tienen los trabajadores nacionales. «Más discutible parece que pueda ser la exclusión del derecho de afiliación, en un sindicato constituido exclusivamente por extranjeros –comunitarios en este caso–, de los nacionales de otro país o, en concreto, del Estado de residencia. Pues, al margen del indudable error estratégico que ello comporta, iría claramente en contra del carácter democrático que debe tener el funcionamiento de los sindicatos»<sup>59</sup>, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Constitución Española, al haber un trato de manera desigual por razón de la nacionalidad.

En otro sentido la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, contiene una previsión específica sobre la libertad sindical de estos sujetos. Las instituciones comunitarias han sido conscientes de que la desigualdad de condiciones de trabajo entre los Estados miembros, pese a la aproximación alcanzada por la política social comunitaria, podía dar lugar a situaciones de discriminación entre los trabajadores de un determinado Estado miembro y los trabajadores desplazados temporalmente a dicho Estado, y por extensión, a situaciones de competencia desleal entre las empresas que funcionaran en el mercado interior. Para evitarlo, fue aprobada la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. La Ley 45/1999 incorpora dicha Directiva al ordenamiento jurídico español.

Por esta Ley se fijan unas condiciones mínimas de trabajo garantizadas a los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, por empresas establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En el artículo 3 de la prenombrada Ley establece que: «1. Los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española relativas a: (...) h) La libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión». El libre ejercicio del derecho de libertad sindical que tienen los trabajadores comunitarios en España se garantiza de esta manera, incluso a aquellos que prestan sus servicios en España, para empresas de algún país de la Unión Europea, pero sin que su relación esté sujeta a la legislación laboral común española.

## V. DERECHO DE HUELGA DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

De igual manera este derecho se recoge en el artículo 28.2 de la Constitución Española, reconociendo el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, añadiendo a la ley que regule el ejercicio de este derecho deberá establecer las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad <sup>60</sup>. Produciéndose «un reconocimiento generalizado del derecho de huelga, tanto para los españoles como para los extranjeros, sin más limitaciones que el ámbito subjetivo de aplicación del derecho, centrado en los trabajadores; y el objetivo que con el derecho se debe perseguir, consistente en la defensa de sus intereses» <sup>61</sup>.

Por medida de conflicto, se ha definido como todo «medio de presión unilateral utilizado por los sujetos en conflicto con el fin de propiciar una solución favorable a los propios intereses» <sup>62</sup>, como es el caso de la huelga.

El derecho de huelga lo define el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, en el artículo 7.1 como «la cesación de la prestación de los servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias». Jurisprudencialmente se ha definido como <sup>63</sup> «una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo de forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso» <sup>64</sup>.

El artículo 10 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, reconoció el derecho a los extranjeros en las mismas condiciones que a los trabajadores españoles, siempre que se hallen legalmente en territorio español, siguiendo el criterio de equiparación, es decir, como en anteriores casos, se le niega al que no está autorizado de manera administrativa.

En este punto la Ley Orgánica 4/2000 reconoció a los trabajadores extranjeros el derecho de huelga, sin matización alguna, mientras que la Ley 8/2000 ha modificado el precepto para subordinar el ejercicio del derecho a la obtención de la autorización para trabajar, o sea, con el debido permiso de trabajo.

En la normativa internacional, la doctrina laboralista al respecto ha expresado «que aquélla no es muy proclive al reconocimiento del derecho de huelga de los trabajadores migrantes como medio de presión básico en defensa de sus intereses. Y, en general, se puede decir que, sin distinción de nacionalidad, el reconocimiento de este derecho es bastante menos generalizado en los textos internacionales que el derecho de libertad sindical» <sup>65</sup>.

La Carta Social Europea, en el artículo 6.4 enuncia el derecho de los trabajadores y patronos a recurrir acciones colectivas en el caso de conflictos de intereses incluyendo el de huelga. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el artículo 8.1 d) reconociendo el derecho de huelga «de conformidad con las leyes de cada país».

El Tribunal Constitucional en sentencia 11/81, de 8 de abril, le reconoce al legislador la probabilidad de «confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho» pudiendo establecer condiciones específicas, no protege a los trabajadores que sean considerados irregulares, incluyendo condiciones que pueden ser «más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsan». De cualquier manera la facultad que se le reconoce al legislador, no puede pasar «más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53».

El nuevo obstáculo que establece la Ley 8/2000 para sindicarse, que no es sólo tener la autorización de estancia o residencia, sino deben tener el permiso de trabajo a que alude el artículo 36 de la mencionada ley. «Este nuevo obstáculo es de dudosa constitucionalidad, (...), obviando igualmente que el artículo 28.2, CE, no exige la nacionalidad española para ser titular del mismo; lo que debe conjugarse a su vez con una característica consustancial a este derecho, cual es que en ocasiones pretende acabar con situaciones abusivas del empleador, las cuales se producen con más frecuencia en supuestos en que el trabajador es considerado "irregular"» <sup>66</sup>.

La huelga es un derecho de titularidad de cada trabajador, pero de ejercicio colectivo. Establecer que la participación de un extranjero sin autorización para trabajar transforme una huelga en ilegal contravendría el derecho a la huelga de los trabajadores que no se encuentren en esa situación <sup>67</sup>. «Y pretender que la ilegalidad personal –para el extranjero no autorizado– pueda convertir la huelga en ilegal –con su consecuencia esencial, que es la posibilidad de despido– solamente para dicho trabajador es muy difícilmente admisible: por razones de coherencia jurídica (...) por la medida en que toda desigualdad injustificada repugna en el ordenamiento constitucional español» <sup>68</sup>, teniendo una consecuencia adicional, la extinción del contrato de trabajo supone la obligación de abandonar el territorio nacional si no logra conseguir otro trabajo acompañado a un nuevo o renovado permiso de trabajo <sup>69</sup>. Los términos que aparecen en la Ley 8/2000 hace presumir una interpretación muy semejante.

Delimitando el colectivo que puede disfrutar de este derecho el desarrollo del mismo se regirá por el ya mencionado Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. Así que la declaración de huelga requiere de un acuerdo expreso de los trabajadores, ejercido directamente por ellos, o por sus representantes o los sindicatos con implantación en su ámbito de trabajo, sin que se exija la asistencia de un porcentaje mínimo de representantes de los trabajadores para que se pueda llevar a cabo. En el acuerdo, es necesaria su comunicación a los empresarios afectados y a la autoridad laboral competente, que debe tener lugar en un plazo de diez días de su comienzo, en el caso de que afecte a servicios públicos <sup>70</sup>.

El derecho a la huelga implica el cese de la prestación de servicios por los trabajadores, sin que pueden ocupar el centro de trabajo <sup>71</sup>, por esta razón se imposibilita al empresario que pueda sustituir a los trabajadores en huelga por trabajadores ajenos a la empresa.



No se extinguirá el contrato de trabajo que se entenderá suspendido, donde el trabajador no tendrá derecho al salario ni a la cotización a la Seguridad Social durante su duración <sup>72</sup>. Sí está permitida la publicidad de la huelga de manera pacífica (piquetes informativos), respetando siempre la libertad de los trabajadores que quieren mantenerse en su puesto durante la huelga <sup>73</sup>.

Son ilegales las huelgas ajenas a motivos estrictamente laborales de esa empresa o cuando alteren lo pactado en los convenios colectivos o en el laudo <sup>74</sup>.

Se afirma doctrinalmente que es inútil la intención de negar los derechos colectivos laborales a los inmigrantes que no se encuentren legalmente en España <sup>75</sup>. Es efectivo a corto plazo como fórmula para luchar y evitar la inmigración ilegal, «sería a costa de negarles derechos propios de la persona humana, y desde un discurso represivo que no beneficiará la imagen de los poderes públicos y de la sociedad española y que posiblemente van a tener una dudosa efectividad, además con el riesgo de una aplicación desigual y selectiva de las sanciones correspondientes, no exenta del riesgo de arbitrariedades contrarias al artículo 9.3 CE» <sup>76</sup>.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Al respecto ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros. Ley Orgánica 8/2000», *RDS*, N.º 13, 2001, p. 33.
- <sup>2</sup> Sentencia TC 107/1984, de 23 de noviembre.
- <sup>3</sup> Al respecto véase ÁLVAREZ-CIENFUGOS SUÁREZ, J.: «La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España», en AA.VV. (Director: ÁLVAREZ-CIENFUGOS SUÁREZ, J.): *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 11-38.
- <sup>4</sup> PÉREZ VERA, E. y ABARCA JUNCO, P.: «Artículo 13 Extranjería», en AA.VV. (Director: ALZAGA VILLAAMIL, O.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo II, Artículos 10 a 23. Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p. 183.
- <sup>5</sup> POLO SÁNCHEZ, M.: *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Trabajadores Extranjeros en España*, CES Colección Estudios, Madrid, 1994, p. 56.
- <sup>6</sup> Sentencia TC 115/1987, de 7 de julio.
- <sup>7</sup> Artículo 10.1 CE «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».
- <sup>8</sup> Artículo 15 CE.
- <sup>9</sup> Artículo 18 CE.
- <sup>10</sup> Artículo 16 CE.
- <sup>11</sup> Artículo 24 CE.
- <sup>12</sup> Artículo 17 CE.
- <sup>13</sup> PÉREZ TREMPES, P.: «Las condiciones de ejercicio de los Derechos Fundamentales», en AA.VV. *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 134-135.
- <sup>14</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería», *TS*, N.º 133, 2002, p. 20.



- <sup>15</sup> Sentencia TC 150/1994, de 23 de mayo (RTC 1984, 150). Se trataba de un supuesto específico reservado a ciudadanos originarios de Ceuta y Melilla, o con arraigo y residencia en las mismas con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 7/85, respecto del cual se dictaron sendas Instrucciones de 2 de julio de 1986 por los Ministerios de Trabajo e Interior en las que se dotaba al documento denominado «tarjeta estadística» de los efectos propios de autorización para trabajar por cuenta ajena, indicando el TC que los Tribunales de Justicia, al conocer de procesos en los que se dilucidan derechos constitucionales de las personas, ya sean españolas o extranjeras, no pueden prescindir de las disposiciones válidamente adoptadas por las autoridades administrativas competentes en materia de extranjería. En consecuencia, la excepción al trato no igualitario del trabajador extranjero puede ser introducida incluso por vía de instrucciones.
- <sup>16</sup> Al respecto véase: «El Consejo de Administración de la OIT da la razón a UGT en la queja presentada contra el Gobierno español La libertad de sindicación es un derecho fundamental» realizan una referencia en el caso de los extranjeros, en <http://www.ugt.es/inmigracion/oit.htm>
- <sup>17</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Las conductas lesivas de la Libertad Sindical*. Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 1994, p. 25.
- <sup>18</sup> Sentencia TC 23/83, de 25 de marzo, posteriormente se reitera este criterio en las sentencias 61/89, de 3 de abril; 94/95, de 19 de junio; 127/95, de 25 de julio; 168/96, de 29 de octubre.
- <sup>19</sup> Al respecto véase TÁRRAGA POVEDA, J.: *El Sindicato como Empleador. Estudio jurídico de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato*, CES, Madrid, 2002.
- <sup>20</sup> «La exigencia constitucional, en cualquier caso, de que la interpretación del artículo 28.1 CE, y del mencionado término todos, en cuanto norma relativa a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se efectuará "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (art. 10.2 CE). Y –se apunta– señalados tratados ratificados por nuestro país (Carta Social Europea, parte II, art. 5, y Convenios 87 y 98 de la OIT) regulan la libertad sindical como categoría comprensiva específicamente de los empleadores o empresarios», en PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «Sobre la libertad sindical de los empresarios», *DL*, N.º 17, 1985, p. 35.
- <sup>21</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo», *RL*, Tomo I, 2000, p. 431.
- <sup>22</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales», *RL*, Tomo I, 2000, p. 542.
- <sup>23</sup> SANGUINETI RAYMOND, W.: *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad*. Informes y Estudios, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, p. 123.
- <sup>24</sup> OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», en AA.VV. (Coordinador: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.): *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 36.
- <sup>25</sup> Sentencias TC 28/91, de 14 de febrero; y, 254/93, de 20 de julio.
- <sup>26</sup> ACOSTA ESTÉVEZ, J.: *El sistema jurídico de la Organización Internacional de Trabajo y el derecho español*, CEDECS, Barcelona, 1997, p. 117-118.
- <sup>27</sup> GARCÍA MURILLO, J.: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 1994, p. 32-33: «Con ello, las Declaraciones de Derechos contenidas en los Tratados ratificados por España pasan a convertirse en un "standard" o patrón mínimo que el ordenamiento debe, en todo caso cumplir "(...)". En razón del artículo 10.2 CE los Tratados internacionales relativos a derechos fundamentales no son sólo parte del ordenamiento interno: son, además, un patrón básico a la hora de interpretar cualquier precepto, constitucional o legal, relativo a derechos fundamentales. De esta suerte, el artículo 10.2 CE añade a las garantías normativas una garantía interpretativa».
- <sup>28</sup> «La sindicación de los trabajadores extranjeros planteó ciertos problemas en Europa hace algunos años, sobre todo cuando algunos núcleos de ellos pretendieron agruparse en exclusiva, formando sindicatos de extranjeros para operar en el país de acogida. Para las normas internacionales, la extranjería no debe significar ningún motivo de discriminación, al igual que cualquier otra causa predeterminadamente diferenciatoria». OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.
- <sup>29</sup> Artículo 23.4: «Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses».

- <sup>30</sup> Artículo 22: «Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otros, incluso el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses».
- <sup>31</sup> Convenio aprobado en 1948, y ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE 11 mayo 1977). Artículo 2: «Los trabajadores y los empleadores sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas».
- <sup>32</sup> Artículo 1: «Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo».
- <sup>33</sup> Convenio firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, y ratificado por España por instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE N.º 243 de 10 de octubre). Artículo 11: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, entre otros, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses».
- <sup>34</sup> Pacto de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España por instrumento de 13 de abril de 1977 (BOE 30), depositado el 27-04-77. En vigor el 27 julio del 77, conforme al artículo 27.2. Artículo 8: «Los Estados Partes del presente Pacto se comprometen a garantizar: a) el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección (...)».
- <sup>35</sup> Artículo 11: «Los empresarios y trabajadores de la Comunidad Europea tienen derecho a asociarse libremente a fin de constituir organizaciones profesionales o sindicales de su elección para defender sus intereses económicos y sociales. Todo empresario y todo trabajador tienen derecho a adherirse libremente o a no adherirse a tales organizaciones, sin que de ello pueda derivarse ningún perjuicio personal o profesional para el interesado».
- <sup>36</sup> Artículo 12: «Los empresarios o las organizaciones de empresarios, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra parte, tienen derecho, en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales, a negociar y celebrar convenios colectivos. El diálogo entre interlocutores sociales a escala europea, que deben desarrollarse, puede conducir, si éstos lo consideran deseable, a que se establezcan relaciones convencionales, en particular a nivel interprofesional y sectorial».
- <sup>37</sup> AZNAR LÓPEZ, M.: «Los derechos sociales de los extranjeros en España», en AA.VV. (Director: ÁLVAREZ-CIENFUGOS SUÁREZ, J.): *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 160.
- <sup>38</sup> Ídem, p. 161.
- <sup>39</sup> Sentencia TC 115/1987, de 7 de julio.
- <sup>40</sup> El artículo 10 reconocía el derecho de los trabajadores extranjeros que se encontraran legalmente en España de «afiliarse al Sindicato u organización profesional españoles de su elección (...) que se ejercerán en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras».
- <sup>41</sup> AZNAR LÓPEZ, M.: «Los derechos sociales de los extranjeros en España», en AA.VV. (Director: ÁLVAREZ-CIENFUGOS SUÁREZ, J.): *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, op. cit., p. 161-162.
- <sup>42</sup> OLARTE ENCABO, S.: «Derechos colectivos de los trabajadores», en AA.VV. (Coordinador: MOYA ESCUDERO, M.): *Comentarios sistemáticos a la Ley de Extranjería*, Comares Editorial, Granada, 2001, p. 435.
- <sup>43</sup> «El artículo 11 de la LOE constituye uno de los aspectos más criticados de la nueva regulación, al limitar el acceso al derecho de sindicación y huelga tan sólo a los extranjeros/as legales (esto es, a quienes tienen la correspondiente autorización de residencia o estancia). Varios son los aspectos que destacan en esta nueva regulación: primero, se trataría de determinar si contraría lo establecido en el texto constitucional; en segundo lugar, convendría también detectar posibles segundas finalidades en una norma de aplicabilidad práctica tan dudosa». BALLESTER PASTOR, M.: «El contenido laboral de la Ley de Extranjería 8/2000: reducciones, cautelas y desconfianzas» en <http://noticias.juridicas.com/>
- <sup>44</sup> ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D.: «Artículo 11. Libertad de sindicación y de huelga», en AA.VV. (Coordinador: SANTOLAYA MACHETTI, P.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 96-97.
- <sup>45</sup> Al respecto véase KAHALE CARRILLO, D.: «El trabajador autónomo en el contenido de los convenios colectivos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Práctico)*. Ed. Estudios Financieros, N.º 235, 2002, p. 61-86.
- <sup>46</sup> Artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

- <sup>47</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.: *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 46.
- <sup>48</sup> OLARTE ENCABO, S.: «Derechos colectivos de los trabajadores», en AA.VV. (Coordinador: MOYA ESCUDERO, M.): *Comentarios sistemáticos a la Ley de Extranjería*, op. cit., p. 438-439.
- <sup>49</sup> En sentencia TC 68/1982, de 22 de noviembre, ha manifestado que se refiere a que la fórmula de que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato, se tiene que interpretar de manera extensiva, de forma que se comprendan en ella tanto las obligaciones directas como las indirectas y tantos las genuinas obligaciones de sindicación como las medidas de presión que al disfrute de la libertad se puedan oponer. «Sorprende, desde luego, cómo lo que no deja de ser mero aspecto negativo del ejercicio del derecho de afiliarse sindical, la llamada libertad *negativa*, que naturalmente se desprende de la formulación de aquél (si se proclama el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección, es claro que el mismo puede, en ejercicio de su derecho, afiliarse o dejar de hacerlo, sin que se añada nada nuevo al prescribir que no puede ser obligado a afiliarse a un sindicato), sea situado constitucionalmente en idéntico plano que la proclamación positiva del derecho, bien que la LOLS lo contemple matizadamente como consecuencia final de éste [...] no pudiendo nadie ser obligado...», artículo 2.1.b)]. Sobre todo, cuando este procedimiento no se sigue con los demás derechos y libertades sancionados por la CE (derecho a la huelga y derecho a no ser obligado a hacer huelga, derecho a la libre elección de profesión u oficio y derecho a no ser obligado a elegir profesión, etc.). PALOMEQUE LÓPEZ, M.: *Derecho Sindical Español*, Tecnos, 4 ed., 1991, Madrid, p. 117.
- <sup>50</sup> Artículo 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.
- <sup>51</sup> Véase RENTERO JOVER, J.: *El Comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo*, CES, Madrid, 2002.
- <sup>52</sup> En relación a la negociación colectiva de los sindicatos, el TC ha señalado reiteradamente que la libertad sindical comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se las denomina el contenido esencial de tal derecho. El artículo 28.1 de la Constitución Española constituye la negociación colectiva de condiciones de trabajo, ya que, sin ella no se podrá desarrollar de manera eficaz las finalidades del artículo 7 del precepto constitucional. Sentencia TC 107/2000, de 5 de mayo.
- <sup>53</sup> Al respecto véase BLÁSQUEZ RODRÍGUEZ, I.: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Serie de publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.
- <sup>54</sup> Véase en este sentido DEL VALLE GÁLVEZ, J.: «La libre circulación de trabajadores», en AA.VV.: *Derecho Comunitario Material*, McGraw Hill, Madrid, 2000, p. 96-105.
- <sup>55</sup> Nueva redacción dada al artículo por el Reglamento (CEE) N.º 312/76 del Consejo, de 9 de febrero.
- <sup>56</sup> Al respecto véase INÉS FONTANA, B.: «La libre circulación de trabajadores y el reconocimiento de derechos sindicales», *RL*, N.º 10, 1988, p. 96-102.
- <sup>57</sup> Sobre la interpretación de esta excepción, Ídem, p. 98-100.
- <sup>58</sup> Disposición final primera: «Las normas de carácter general, relativas a la entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de extranjeros, contenidas en la LO 7/1985, de 1 de julio, y las normas reglamentarias vigentes sobre la materia serán de aplicación a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, con carácter supletorio y en la medida en que no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de la CEE y en sus modificaciones, así como en el derecho derivado de los mismos».
- <sup>59</sup> RENTERO JOVER, J.: «Trabajadores comunitarios: derechos laborales y sindicales» en AA.VV.: *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, p. 344.
- <sup>60</sup> Al respecto véase SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.: *La Huelga ante el Derecho. Conflictos, valores y normas*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 181-198.
- <sup>61</sup> AA.VV. (Coordinador CAMPO CABAL, J.): *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, Civitas, Madrid, 2001, p. 108.
- <sup>62</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.: *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 53.
- <sup>63</sup> Véase CEINOS SUÁREZ, Á.: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*, Editorial Comares, Granada, 2000.

- <sup>64</sup> Sentencia TC 11/81, de 8 de abril.
- <sup>65</sup> OLARTE ENCABO, S.: «Derechos colectivos de los trabajadores», en AA.VV. (Coordinador: MOYA ESCUDERO, M.): *Comentarios sistemáticos a la Ley de Extranjería*, op. cit., p. 449.
- <sup>66</sup> ASENJO PINILLA, J.: «Trabajadores extranjeros no comunitarios: derechos laborales y sindicales» en AA.VV. (Director: ÁLVAREZ-CIENFUGOS SUÁREZ, J.): *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 281-282.
- <sup>67</sup> Al respecto véase GOERLICH PESET, J.: *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 60.
- <sup>68</sup> ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D.: «Artículo 11. Libertad de sindicación y de huelga», en AA.VV. (Coordinador: SANTOLAYA MACHETTI, P.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, op. cit., p. 100.
- <sup>69</sup> BALLESTER PASTOR, M.: *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 34.
- <sup>70</sup> Artículos 3 y 4 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, en adelante RDLRT.
- <sup>71</sup> Artículo 7 RDLRT.
- <sup>72</sup> Artículo 6.1 y 2 RDLRT.
- <sup>73</sup> Artículo 6.4 y 6 RDLRT.
- <sup>74</sup> Artículo 7 RDLRT.
- <sup>75</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante», *RL*, N.º 8, 2001, p. 13.
- <sup>76</sup> SALINAS MOLINA, F.: «El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica», en AA.VV.: *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, op. cit., p. 118.