



DERECHOS FUNDAMENTALES

Universidad de Salamanca

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LIBERTAD SINDICAL DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 07 de noviembre

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO *

SUPUESTO DE HECHO: El Parlamento de Navarra interpone recurso de inconstitucionalidad contra los ordinales 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Lo que significa, *grosso modo*, la inconstitucionalidad del derecho de reunión, asociación, sindicación libre, educación no obligatoria y asistencia jurídica gratuita.

De todos los apartados controvertidos que comprende el artículo 1 de la Ley 8/2000, en el recurso de inconstitucionalidad, el que más nos interesa en este comentario es el ordinal 9, es decir, el derecho que reconoce la libertad sindical de los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles, siempre y cuando obtengan la respectiva autorización o estancia en España. El Parlamento navarro alega en su escrito que el precepto vulnera el contenido del derecho a que hace referencia el artículo 28.1 de la Constitución Española (CE), puesto que aquél precepto consagra el derecho a afiliarse al sindicato de su elección tanto a españoles como a extranjeros, y por ello sería contrario a la Carta Magna al prohibirse su ejercicio a aquellos extranjeros que no obtuvieran autorización de estancia o residencia en el territorio español. Aunado al hecho que dicho precepto es contrario, a su vez, a lo establecido en el artículo 23.4 de la Declaración de los Derechos Humanos, al artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Polí-

* Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca.

ticos, y el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales.

Por otra parte, el Abogado del Estado alega que los extranjeros no autorizados para residir en territorio español no están autorizados para trabajar válidamente. Por lo que constituiría un absurdo irreconciliable con el sentido común permitir que quien no se encuentre autorizado a trabajar pudiera ejercer el medio de presión sobre el empleador que le otorga el derecho fundamental a la huelga. Finalmente, rechaza la pretensión del Parlamento de Navarra de fundamentar la inconstitucionalidad del precepto impugnado en su contradicción con los Tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales. El basamento de sus alegatos se centra en lo previsto en el artículo 10.2 de la CE, puesto que la configuración de los derechos fundamentales en los Tratados internacionales no es un parámetro de constitucionalidad de las leyes españolas, en vista que dicho precepto se encuentra destinado a la interpretación de aquéllos².

La constitucionalidad del precepto recurrido debe enjuiciarse, a juicio del Abogado del Estado, utilizando como parámetros los artículos de la Carta Magna pero no comparando directamente los términos del artículo 1.9 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con las expresiones contenidas en los Tratados internacionales, ya que los Tratados invocados no contienen una previsión expresa sobre el alcance subjetivo que ha de tener el derecho de la sindicación en relación con los extranjeros, sin ser posible deducirse de las expresiones que contienen.

RESUMEN: El fundamento principal en que se basa el Parlamento de Navarra en el recurso de inconstitucionalidad, es que el artículo 28 de la CE consagra el derecho que tenemos tanto los españoles como los extranjeros a afiliarnos al sindicato de nuestra elección, y en dicho precepto constitucional no establece que los extranjeros deban poseer la debida autorización de estancia o residencia en territorio español para poder disfrutarlo. Por otra parte, a la diferencia que ocurre con el derecho de huelga, el ejercicio de la libre sindicación no requiere la condición laboral de su titular. En definitiva, plantea que no puede argumentarse que los titulares del derecho a la libertad sindical sean los trabajadores extranjeros en situación regular, y que sólo a aquellos les alcancen los beneficios derivados de su afiliación.

² ATC 195/1991.



Planteado en aquellos términos el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional señala que deben resolverse dos argumentos de carácter general. Por una parte, la libertad que concede la Carta Magna en el artículo 13.1 al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el Título I garantiza a los extranjeros en territorio español, y los límites que se ve sometido en el establecimiento de diferencias en relación con los nacionales. Por la otra, la inconstitucionalidad del artículo 1.9 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, impugnado por su contradicción con los Tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades. Argumentos que más adelante se analizarán.

Y tras un análisis de dichos argumentos el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del artículo 1.9 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por ser contrario al artículo 28.1 de la CE. El cual aclara que la inconstitucionalidad de ese inciso viene referida exclusivamente al derecho a sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional.

ÍNDICE

1. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS
2. LA LIBERTAD SINDICAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS
3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1.9 DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL
4. VOTO PARTICULAR DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO EN EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 1701/2001
5. REFLEXIÓN FINAL

1. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS

En relación a la primera de las cuestiones argumentadas, en la sentencia que se comenta, el Tribunal Constitucional ha señalado que la Carta Magna³ reconoce una serie de derechos inherentes a la persona, que la titularidad no puede ser excluida a los extranjeros, así como a otros derechos que les son reconocidos a los españoles y no lo disfrutaban los extranjeros. Por lo que ha agrupado en tres, los derechos inherentes a la persona:

³ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

- a) Derechos por igual a españoles y extranjeros. Se trata de los que corresponden a cada persona en cuanto tal y no por razón de su ciudadanía, puesto que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana⁴. En otras palabras, son derechos concernientes a la dignidad humana como el derecho a la vida, a la integridad física y moral (art. 15 CE)⁵; a la intimidad (art. 18 CE)⁶; a la libertad ideológica (art. 16 CE)⁷; el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁸; el derecho a la libertad personal y a la seguridad (art. 17 CE)⁹; el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (art. 119 CE)¹⁰; y, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE)¹¹. Por lo que no hay que tener en cuenta, en relación al extranjero, la nacionalidad, la residencia legal o ilegal para disfrutar de estos derechos, por ser irrelevante, y se tienen que regular en términos de igualdad para unos como para otros.
- b) 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 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 haciéndolo irreconocible¹². Dicho en otros términos, son derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los Tratados y las leyes, lo que resulta, por tanto, admisibles las diferencias de trato en cuanto a su ejercicio; así como diferencias importantes entre distintos tipos de extranjeros por razón de su situación regular o irregular de residencia, residencia y trabajo o estancia en España.
- c) Derechos que no pertenecen a los extranjeros, por ser específicos a los nacionales, como es el caso del artículo 23.1 de la CE: «Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos,

⁴ STC 91/2000, de 30 de marzo.

⁵ STC 107/1984, de 23 de noviembre.

⁶ STC 107/1984, de 23 de noviembre.

⁷ STC 107/1984, de 23 de noviembre.

⁸ STC 99/1985, de 30 de septiembre.

⁹ STC 144/1990, de 26 de septiembre.

¹⁰ STC 95/2003, de 22 de mayo.

¹¹ STC 137/2000, de 29 de mayo.

¹² PÉREZ TREMP, P., «Las condiciones de ejercicio de los Derechos Fundamentales», en AA.VV., *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 134-135.



directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Dicho en otras palabras, son derechos reservados a los españoles en virtud del artículo 13.2 de la CE, en vista que la Carta Magna los considera relacionados con el núcleo de la soberanía estatal.

2. LA LIBERTAD SINDICAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS

De los tres grupos que se han señalado, en el que se encuadraría el derecho a la libre sindicación, cabe adelantar, que es el primero de los nombrados, es decir, derechos por igual a españoles y a extranjeros. Se trata de los que corresponden a cada persona en cuanto tal y no por razón de su ciudadanía, puesto que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana¹³. En otras palabras, son derechos concernientes a la dignidad humana el derecho a la vida, a la integridad física y moral; a la intimidad; a la libertad ideológica; el derecho a la tutela judicial efectiva; el derecho a la libertad personal y a la seguridad; el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita; y, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social¹⁴.

Para determinar si el derecho a la libre sindicación pertenece o no a este grupo ofrece ciertas dificultades por cuanto todos los derechos fundamentales, por su propia naturaleza, se encuentran vinculados a la dignidad humana. En este sentido, la dignidad de la persona, como fundamento del orden público y la paz social, como lo hace saber el artículo 10.1 de la CE, obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador. Incluyendo a las diversas variantes políticas que encuadran dentro de la Carta Magna como «marco de coincidencias» que permite diferentes legislaciones en materia de extranjería¹⁵.

En este sentido, la dignidad de la persona a la que hace referencia el texto constitucional en el artículo 10.1, constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular *ex* artículo 13 de la CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un

¹³ STC 91/2000, de 30 de marzo.

¹⁴ Art. 14 CE. STC 137/2000, de 29 de mayo.

¹⁵ STC 11/1981, de 8 de abril.

concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello lo dispuesto en el artículo 10.2 del CE, es decir, acatando lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados internacionales.

Según lo dispuesto en el artículo 13 de la CE el legislador no puede negar los derechos que la propia Carta Magna reconoce directamente a los extranjeros ¹⁶. Sin embargo, sí puede establecer condicionamientos adicionales en relación a su ejercicio, siempre que se respete las prescripciones constitucionales. Asimismo, tiene la potestad de regular los derechos de los que son titulares los extranjeros en las condiciones que se establezcan en los Tratados internacionales y en las leyes, es decir, regular aquellos derechos que no son atribuidos de manera directa por el texto constitucional a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales, aunque no sea precisamente en iguales términos que los españoles ¹⁷.

En definitiva, el artículo 13.1 de la CE le otorga al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer ciertos requerimientos para su ejercicio. No obstante, una regulación de este contenido debe tener:

- a) el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana;
- b) el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los no nacionales de manera directa por el texto constitucional;
- c) el contenido delimitado para el derecho por la Carta Magna y los Tratados internacionales;
- d) las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses protegidos constitucionalmente, que guarden proporción con la finalidad perseguida.

3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1.9 DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

En relación a la segunda de las cuestiones argumentadas por el Tribunal Constitucional, en la sentencia que se comenta, es determinar sí el dere-

¹⁶ STC 115/1987, de 7 de julio.

¹⁷ STC 94/1993, de 22 de marzo.



cho de los extranjeros a la libre sindicación, a la que hace referencia la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁸, es inconstitucional por entrar en contradicción con los Tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado la utilidad de los textos internacionales ratificados por España para configurar el sentido y el alcance de los derechos fundamentales, según lo dispuesto en el artículo 10.2 de la CE.

No obstante, los Tratados y los Acuerdos internacionales no convierten en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si se afirmara tal aseveración, sobraría la proclamación constitucional de aquéllos derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o a los Tratados internacionales que suscribiera España sobre derechos fundamentales y libertades públicas¹⁹.

Le corresponde al Tribunal Constitucional, es en este sentido, contrastar las normas legales impugnadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de conformidad con el contenido de aquéllos textos internacionales. De manera que, el Tribunal declarará la inconstitucionalidad del artículo impugnado, si aquellas normas con rango de ley vulneren el contenido constitucionalmente declarado de dichos derechos y libertades.

En definitiva, para que el Tribunal pueda declarar la inconstitucionalidad del artículo 1.9 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, debe utilizar las argumentaciones anteriormente expuestas, es decir, determinar si la libre sindicación de los extranjeros en situación regular en territorio español atenta contra la dignidad personal y si contraviene con lo dispuesto en los Tratados o Acuerdos internacionales suscritos por España. Dicho en otros términos, si tal precepto de la Ley de Extranjería vulnera el contenido del artículo 28.1 de la CE; y es contrario a lo señalado en el artículo 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 11 del Convenio Eu-

¹⁸ BOE núm. 45508, de 23 de diciembre de 2000.

¹⁹ SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 84/1989, de 10 de mayo; y, 64/1991, de 22 de marzo.

ropeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales.

Se debe partir que el artículo 28.1 de la CE señala que, «Todos tienen derecho a sindicarse libremente (...). La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas»²⁰. Siguiendo el criterio interpretativo que ha señalado el Tribunal Constitucional en relación al artículo 10.2 del CE, se debe tener en cuenta lo señalado en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²¹, en el que «toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses»; así como el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²², que reza «toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses», lo que similarmente recoge el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²³, proclamando el «derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección». Al igual que, el artículo 11.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales²⁴, el cual consagra el derecho de toda persona a la libertad de reunión y de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses; mientras que el artículo 5 de la Carta Social Europea²⁵, reza que las partes contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe la libertad sindical. Finalmente, lo establecido en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) núm. 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindi-

²⁰ Vid. KAHALE CARRILLO, D., «Notas a la libertad sindical y el derecho de huelga de los extranjeros en España», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 243, 2003, págs. 83-102.

²¹ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

²² Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en Nueva York. BOE núm. 103, 30 de abril de 1977.

²³ MILÁ MORENO, J., «El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales», en AA.VV. (Coord. GÓMEZ ISA, F. y MANUEL PUREZA, J.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, págs. 185-214.

²⁴ De 4 de noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

²⁵ Turín, 18 de octubre de 1961. Consejo de Europa (Estrasburgo).

cación y núm. 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, ambos ratificados por España²⁶.

El Tribunal Constitucional ha vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a todos los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a todos los sindicatos, entendiéndose de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los Tratados internacionales antes mencionados, entre los cuales se destaca el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, en el que el 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. Visto desde esta óptica, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador²⁷. Sin embargo, lo anterior no significa que el legislador orgánico no pueda establecer limitaciones o excepciones a su ejercicio en los términos a los que le atribuye el artículo 28.1 del texto constitucional. Pero no alcanzando tales limitaciones o excepciones a los trabajadores extranjeros, la exclusión total del derecho de libertad sindical de aquellos extranjeros que trabajen pese a no haber obtenido autorización de estancia o residencia en España, no se compadece con el reconocimiento del derecho de libertad sindical que efectúa el aludido precepto constitucional, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España. Al igual que no se compadece con este derecho la limitación consiguiente que deriva para el derecho de los sindicatos de defender y promover los intereses de estos trabajadores.

La concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal, es decir, por quienes se encuentren sujetos de una relación laboral, en los términos del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical²⁸, no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalidades posibles en la defensa de los in-

²⁶ Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5a. ed, Ginebra, 2006.

²⁷ Art. 38 de la Ley Orgánica 4/2000, y arts. 1.1, 7 c) y 9.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

²⁸ BOE núm. 189, de 08 de agosto de 1985.

tereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal. En este sentido, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, quienes pueden afiliarse a los sindicatos españoles para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma, el Tribunal Constitucional ha precisado que el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en territorio español sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Carta Magna salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre.

En definitiva, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del artículo 1.9 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por ser contrario al artículo 28.1 de la CE. El cual aclara que la inconstitucionalidad de ese inciso viene referida exclusivamente al derecho a sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional. De igual manera, advierte las razones de no haber declarado la nulidad del precepto de la Ley de Extranjería que garantiza el derecho de sindicación de los extranjeros que hayan obtenido la respectiva autorización de estancia o residencia en territorio español, por una parte, porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a los pilares constitucionales, ya que conduciría a la denegación de dicho derecho a todos los extranjeros en España, independientemente de su situación administrativa. Por otra, declarar la nulidad sólo del inciso a que hace referencia dicho artículo «que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España», supondría una clara alteración de la voluntad del legislador, puesto que de esta manera se equipararía plenamente a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa en territorio español.

Por último, el Tribunal Constitucional advierte que no le corresponde decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su fallo debe limitarse a declarar si tiene o no cabida en la Carta Magna aquélla que se somete a su enjuiciamiento. Por ello, afirma que, la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el propio legislador, dentro de la libertad de configuración normativa²⁹, derivada de suposición constitucional o de su espe-

²⁹ STC 96/1996, de 30 de mayo.

cífica libertad democrática³⁰, quien establezca las condiciones de ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que carezcan de la respectiva autorización de estancia o residencia en España.

4. VOTO PARTICULAR DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO EN EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 1701/2001

En la sentencia que se comenta existe un voto particular³¹, en el que se adhieren otros dos Magistrados³², y se fundamenta en la interpretación del artículo 13 de la CE. Tal precepto supone una diferenciación de partida de la posición constitucional de los españoles y extranjeros, el cual remite, en primer lugar, a los Tratados internacionales y, en segundo lugar, a la Ley. Son así los Tratados internacionales el único límite discernible que la Carta Magna fija al legislador. Pero, a su vez, aquéllos en cuanto límite impuesto al legislador por la CE, habrán de tomarse en su totalidad; de manera que cuando en ellos se consagra un derecho, pero a la vez se permite que los Estados puedan limitarlo por las razones que en ellos se señalan, llegado el momento de examinar si las limitaciones establecidas en relación con la atribución de dicho derecho a un ciudadano extranjero, habrá de analizarse si tales limitaciones pueden entrar o no entre las permitidas por los Tratados internacionales, y específicamente si la limitación de la estancia legal en territorio español puede considerarse amparada en aquellos Tratados³³.

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 21 y 22, así como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 14, permiten en condiciones similares las restricciones de los derechos que sus citados preceptos rezan, siempre que estas restricciones se encuentren previstas en la ley y sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (arts. 21 y 22 del Pacto Internacional), o formen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la segu-

³⁰ STC 55/1996, de 28 de marzo.

³¹ Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

³² Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapara Pérez y Magistrado D. Roberto García-Calco y Montiel.

³³ STS 236/2007, de 07 de noviembre.

ridad pública, la prevención del delito y la defensa del orden, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenos (art. 11.2 del Convenio Europeo). Y ante un supuesto masivo de entradas y estancias no regulares de extranjeros el legislador establezca como condición de disfrute del derecho de sindicación por parte de los extranjeros con estancia o residencia legal en el territorio español, a criterio del Magistrado discrepante, entra con absoluta naturalidad entre las restricciones que los Tratados internacionales aludidos admiten en relación a los derechos que consagran, específicamente en el de la protección de la seguridad o del orden público.

Otra de la discrepancia que fundamenta el voto particular, surge en que la sentencia acopla la clave conceptual en la dignidad de la persona «como fundamento del orden público y la paz social» (art. 10.1 CE) que obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación administrativa en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes públicos, incluido el legislador, ligando *a posteriori* a esa clave la *ratio* de la declaración de inconstitucionalidad. De manera que, no encuentra un acomodo armonioso a la literalidad del artículo 10 de la CE.

El artículo 10 de la CE hace alusión a la dignidad de la persona como fundamento del orden público y de la paz social, de modo que no sitúa de manera exclusiva en aquélla dicho fundamento, sino que a ella añade «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, todos lo cuales son fundamento del orden público y de la paz social». Por esta razón, no es correcto acoplar a la dignidad de la persona como fundamento del orden público y de la paz social, para insertar de partida una exigencia referida a tal orden reducida a ese sólo fundamento, sin considerar todos los elementos constitucionales que lo conforman.

En otras palabras, la condición de estancia legal en España a la que hace referencia la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 1.9, no es sino una expresión inmediata del respeto a la ley, que junto al resto de elementos normativos del artículo 10.1 de la CE, es uno de los que constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, respeto incompatible con una situación social generalizada y masiva de incumplimiento. En definitiva, parece exagerado que la condición exigida a los extranjeros para que puedan disfrutar en España del derecho a la sindicación pueda estimarse lesiva de la dignidad humana.



5. REFLEXIÓN FINAL

Antes de aprobarse la Ley Orgánica 8/2000, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el aludido artículo 1.9 en su proyecto establecía³⁴, que los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español 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. Tal como se desprende de su simple lectura, era claro que sólo los extranjeros en situación regular tendrían el derecho a sindicarse. Lo que llevó, como no podría ser de otra manera, el planteamiento de un gran número de enmiendas ante el Congreso de los Diputados para modificarlo, ya que la limitación al derecho a sindicación era contrario a los Convenios Internacionales y a la propia Carta Magna³⁵. Dicho en otros términos, las enmiendas propuestas pretendían modificar el proyecto de reforma para que no se excluyera a ningún extranjero de la titularidad y disfrute de la libertad de sindicación, independientemente de su situación administrativa. Tal como lo establecía la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

A consecuencia del gran número de enmiendas suscitadas por los distintos grupos parlamentarios, se consiguió modificar la redacción del texto remitido al Senado, aunque sin ninguna consecuencia práctica. Le nueva redacción giró en que todo los extranjeros tendrán el derecho de sindicarse, con la única condición de que tengan la autorización de estancia, o de residencia o residencia y trabajo en España. En otras palabras, el eje fundamental sobre el que gira toda la reforma radica en considerar merecedores del ejercicio de ciertos derechos fundamentales exclusivamente a los extranjeros en situación regular, sin embargo, se extiende a todos ellos sin distinción.

A pesar de los intentos infructuosos de la modificación del apartado 9 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ante el Congreso de Diputados tuvo que ser declarado inconstitucional gracias al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento navarro. En el que sí valieron las alegaciones que se venían solicitando. Lo lamentable de todo ello, es que se

³⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 12-1, de 11 de septiembre de 2000.

³⁵ Enmiendas núms. 20, 71, 96, 140, 153, 176, 190, 250, 296 y 334, entre otras. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 12-5, de 18 de octubre de 2000.



tuvo que esperar más de 7 años para que se pudiera declarar su inconstitucionalidad, y para que los extranjeros en situación no regular en España, es decir, los extranjeros que no cuenten con una autorización de residencia o residencia y trabajo o estancia pudieran disfrutar del derecho a la libre sindicación. No obstante, es de resaltar que, dicha inconstitucionalidad no es exclusiva al derecho de sindicación, ya que agrupa al derecho de reunión, asociación, educación no obligatoria y la asistencia jurídica gratuita, y, por ende, los extranjeros en situación irregular administrativa que se encuentren en el territorio español pueden disfrutar desde ya de aquellos derechos que les corresponden, como ya los venían disfrutando los extranjeros en situación regular.