



## NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

### TRABAJADORES EXTRANJEROS NO REGULARIZADOS Y DERECHO DE HUELGA

*Sentencia del Tribunal Constitucional. 259/07, de 19 de diciembre*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ \*

**SUPUESTO DE HECHO:** El año 2000 fue testigo de la inaudita aprobación de sucesivas leyes orgánicas sobre derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en España y su integración social. En el tránsito de doce meses, el legislador entendió que la norma aprobada en enero de ese año debía ser modificada de manera restrictiva respecto de alguno de los derechos consagrados para los trabajadores extranjeros. En concreto, el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, fue modificado a través de la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en el sentido de restringir el ámbito subjetivo de los derechos de libertad sindical y huelga. Conforme a la nueva redacción, sólo serían titulares del derecho a sindicarse los extranjeros que hubieran obtenido autorización de estancia o residencia en España. Por su parte, tan sólo serían titulares del derecho de huelga aquellos extranjeros que hubieran obtenido autorización para trabajar en nuestro país. Es decir, a través de esta norma se entraba a delimitar restrictivamente el ámbito subjetivo de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga.

**RESUMEN:** La Ley 8/2000, de 22 de diciembre, acumuló una gran cantidad de recursos de inconstitucionalidad promovidos tanto por diversos Parlamentos autonómicos como por un grupo de diputados adscritos al grupo parlamentario del PSOE. En la mayor parte de los casos, los recursos, en lo que aquí interesa, cuestionaban la constitucionalidad de los dos apartados del art. 11 de dicha Ley. Es decir, su constitucionalidad tanto en lo referido al derecho a la libertad sindical como al derecho de huelga. Tras una

\* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

larga espera, el Tribunal Constitucional opta por resolver separadamente todos estos recursos, tomándose como referencia de los pronunciamientos, por una parte, respecto del derecho de libertad sindical, la STCo 236/07, de 7 de noviembre, y, respecto del derecho de huelga, la STCo. 259/07, de 19 de diciembre. En esta última, el Tribunal Constitucional parte de la convicción de que el art. 28.2 CE no realiza ningún tipo de distinción en cuanto a los sujetos titulares del derecho, sino que lo reconoce de manera general a todos los trabajadores. Ese concepto de trabajador, continúa el Tribunal Constitucional, ha de entenderse en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su situación administrativa cuando se trata de un extranjero; de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dependiente. Por ello, concluye el máximo intérprete de la Constitución, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros. Es decir, tal derecho no se atribuye a las personas en atención a su situación administrativa.

#### ÍNDICE

1. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HUELGA
2. LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS NO REGULARIZADOS EN ESPAÑA Y EL CONCEPTO DE TRABAJADOR
3. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES IRREGULARES
4. VOTO PARTICULAR

### 1. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HUELGA

La cuestión resuelta por la STCo. 259/07, de 19 de diciembre, trasciende la pura determinación del reconocimiento del derecho de huelga respecto de un determinado colectivo, ampliando su significación al delimitar el ámbito subjetivo del derecho de huelga. Esta cuestión cobra especial significación a tenor de la peculiar regulación de este derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Como se sabe, el derecho de huelga continua siendo objeto de regulación por un Real Decreto preconstitucional que deberá ser interpretado a la luz del texto constitucional. Es decir, que a partir de la Sentencia 11/81 se ha ido creando un cuerpo de jurisprudencia constitucional que se ha convertido en el verdadero corpus regulador del mismo.

La Constitución, en su art. 28.2, y el RD. 17/77, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, no precisaron qué había de entenderse por trabajador a los efectos del reconocimiento del derecho subjetivo a la huelga. Por una

parte, la Constitución reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, mientras que la STCo. 11/81 define el derecho de huelga como un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado.

La atribución del derecho de huelga, a tenor de la literalidad del precepto, a favor de los trabajadores, plantea la necesidad de determinar qué ha de entenderse por tales. Esta cuestión, sin embargo, no ha sido objeto de una elaborada doctrina por parte de nuestro Tribunal Constitucional, limitándose éste a resolver, siquiera tangencialmente, sólo la posible extensión de este derecho a determinados colectivos, como es el caso de los funcionarios públicos<sup>1</sup>. En principio, la expresión contenida en el texto constitucional cabría entenderla en un doble sentido: o bien en el de incluir a todos aquellos que realizan un trabajo en sentido amplio, o bien en el de restringirlo a aquellos que prestan dicho trabajo en régimen de dependencia y ajenidad. Desde un primer momento, el Tribunal Constitucional limitó la extensión del concepto a estos últimos. Así, la STCo. 11/81, en su FJ 12, mantuvo que «el derecho constitucionalmente protegido es el que se atribuye a las personas que prestan en favor de otros un trabajo retribuido, cuando tal derecho se ejercita frente a los patronos o empresarios, para renegociar con ellos los contratos de trabajo introduciendo en ellos determinadas novaciones modificativas». Es decir, sólo respecto de los trabajadores en sentido estricto, esto es, de aquellos que cumplen los requisitos del art. 1.1 ET, se puede hablar de la titularidad del derecho de huelga.

Este acercamiento a la titularidad del derecho de huelga podría conducir, en lo que ahora interesa, a una rápida conclusión: sólo aquellos sujetos titulares de un contrato de trabajo podrán ejercitar el derecho de huelga, consistente, además, en la suspensión de los efectos del mismo. Esta concepción del derecho de huelga es la que subyace, en definitiva, en la redacción dada al art. 11 LO 8/2000, de 22 de diciembre. Dado que los trabajadores extranjeros no regularizados en España no pueden ser parte del contrato de trabajo, tampoco podrán, consecuentemente, ser titulares de un derecho que implica, según esta concepción, la previa existencia de dicho contrato. En palabras del Abogado del Estado, «si los trabajadores extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente carecería de sentido permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera gozar del derecho de huelga». En definitiva, la sentencia ahora analizada, al entrar a valorar la titularidad del derecho de huelga

<sup>1</sup> CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Madrid, Aranzadi, 2006.

respecto de los trabajadores no regularizados, tendrá que precisar el ámbito subjetivo del derecho de huelga en general.

## 2. LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS NO REGULARIZADOS EN ESPAÑA Y EL CONCEPTO DE TRABAJADOR

El importante incremento de la población extranjera experimentado en nuestro país a partir del inicio de la década de los noventa ha llevado al legislador a elaborar un nuevo cuerpo normativo que debiera servir para dar respuesta a dicha situación. Tal respuesta no siempre es el fruto de una madurada reflexión previa, como atestigua el atropello con que el legislador aprobó diferentes leyes orgánicas a partir del año 2000. En concreto, en ese año, separados por once meses, se produce un hecho tan poco habitual como dos regulaciones con rango de ley orgánica sobre semejante cuestión. Atropello que continuará con la posterior aprobación de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

En lo que se refiere a la regulación aportada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, respecto de su predecesora de enero, supone ésta un afán restrictivo de la extensión ciertos derechos, en ocasiones fundamentales, y en relación a determinadas personas como consecuencia de su concreta situación administrativa en nuestro país. La Exposición de Motivos de aquélla justificaba la reforma del Título I de la Ley 4/2000, de 11 de enero, en «la preocupación en reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades». Para conseguirlo, paradójicamente, se excluye de la aplicación de derechos fundamentales como la libertad sindical y el derecho de huelga a un importante porcentaje, por aquel entonces, de inmigrantes. En concreto, exige para la adquisición de tales derechos el haber obtenido, con carácter previo, autorización de estancia o residencia en España en relación al derecho de sindicación, y la autorización para trabajar para poder ejercer el derecho de huelga.

A partir de la aprobación de esta norma, se produjo una considerable proliferación de recursos de inconstitucionalidad contra tal Ley Orgánica. En concreto, serán los Parlamentos autonómicos de Andalucía, Navarra, Aragón, Extremadura, Asturias, Castilla-La Mancha, País Vasco y 64 Diputados del PSOE los que interpongan sendos recursos. En el caso del recurso de Navarra, no se mencionaba la posible vulneración del art. 28.2 CE, por lo que el Constitucional en su sentencia 236/07, de 7 de noviembre, no entra a conocerlo. En el resto de los casos, tomando como base la STCo. 259/07, de 19 de diciembre, los recursos se resolverán en las sucesivas SSTCo. 260 a 265, de 20 de diciembre. Como puede comprobarse, hubieron de me-



diar más de siete años para que el Tribunal Constitucional dictara estas sentencias. En las mismas, se declara inconstitucional el inciso «cuando estén autorizados a trabajar» del art. 1.9 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al art. 28.2 CE.

Durante el largo período de tiempo que el Tribunal Constitucional se ha tomado para dictar estas resoluciones, se produjo una nueva reforma a través de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Conforme a su artículo quince, que modificaba los apartados 1, 2 y 3 del art. 36 de la Ley de Extranjería, se aceptaba indirectamente la condición de trabajador de los extranjeros no regularizados en España que prestaran sus servicios, aun sin existir autorización administrativa previa para ello, al mantener que «la carencia de la solicitud de la correspondiente autorización por parte del empresario [...] no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle». Es decir, que, en cierta medida, el propio legislador venía a dar respuesta a las dudas que sobre la condición de trabajadores, a los efectos de la aplicación de algunos derechos como el de huelga, planeaban en la regulación precedente. No obstante, se mantienen dichas exclusiones no sólo durante el resto del periodo de gobierno del partido cuya mayoría aprobó la ley, sino, paradójicamente, también durante el gobierno del partido que, mientras se mantuvo en la oposición, capitalizó la mayor parte de los recursos de inconstitucionalidad ahora resueltos.

### 3. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES IRREGULARES

Como ya hemos avanzado, el Tribunal Constitucional viene a declarar la inconstitucionalidad de la exclusión del derecho de huelga de los trabajadores extranjeros no autorizados para trabajar en España. Con ello se enfrentaba al argumento esgrimido por la Abogacía del Estado, y reproducido en el Voto Particular de esta sentencia, en virtud del cual si los extranjeros no están autorizados para trabajar en España, tampoco podrán ser titulares del derecho de huelga, puesto que carecería de sentido permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera gozar de un derecho relativo al trabajo como es el de huelga. Es decir, se trata de precisar si el concepto de trabajador utilizado por el legislador constitucional incluiría a aquellos que no pueden ser titulares de un contrato de trabajo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional parte de la convicción de que ese concepto de trabajador, relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga, ha de entenderse en su caracterización ma-

terial, independientemente de la legalidad o ilegalidad de la situación del trabajador, «de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Siendo ello así no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros, aunque la anterior situación resulte exigible para la celebración válida de su contrato de trabajo». Los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga no se atribuyen a la persona, continúa el Constitucional, «en razón de la nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador» (FJ siete).

Por otra parte, el derecho de huelga se otorga a los trabajadores para que gocen de un instrumento adecuado de defensa de sus intereses, un concepto éste más amplio que el de los derechos. Entre estos intereses podría encontrarse el de conseguir la regularización de su situación administrativa. En definitiva, los extranjeros no regularizados en España no son trabajadores en un sentido estricto, pues no están autorizados para suscribir un contrato de trabajo. No obstante, esta circunstancia no supone, en sí misma, la exclusión de todos los instrumentos de defensa de los intereses de los trabajadores. Al admitir que el concepto de interés, del que también es titular el extranjero no regularizado, es más amplio que el de derecho, ningún obstáculo cabe ya para reconocer la inconstitucionalidad de su exclusión.

Tal exclusión del derecho de huelga de aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa no resulta compatible, a juicio del Tribunal Constitucional, con el reconocimiento del derecho de huelga que proclama el art. 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España. En particular, ha de recordarse el art. 8.1 d), «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en virtud del cual los Estados signatarios del Pacto han de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, de forma que la regulación que se establezca, mantiene el Constitucional, deberá tener por objeto el ejercicio del derecho y su no impedimento a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con las preceptivos permisos legales.

Llegados a este punto, hemos de advertir que resulta sorprendente la parca argumentación de la sentencia analizada en lo que se refiere a la declaración de la inconstitucionalidad sobre la base de la interpretación bastante generosa del art. 28.2 CE. La STCo. 259/07, de 19 de diciembre, liquida en apenas un folio toda la polémica doctrinal que sobre el ámbito subjetivo del derecho de huelga se ha planteado durante tres décadas entre la doctrina iuslaboralista. Lógicamente, la razón que está detrás de semejante

circunstancia no es otra que el hecho de que sea precisamente el ponente de la misma uno de los tres magistrados disidentes que presentan el correspondiente Voto Particular.

Esta parquedad queda manifiesta en el hecho de que las remisiones a la STCo. 236/07, de 7 de noviembre, son constantes, por lo que el grueso de tal sentencia habría de ser retomado en este momento. En concreto, a nuestro juicio, la más importante justificación de las conclusiones contenidas en la STCo. 259/07 se habría de buscar en los FJ 3 y 4 de aquella resolución, en este caso redactados por la ponente Casas Baamonde. Dado que el ponente no se molesta ni tan siquiera en reproducirlas, habremos de acudir a ella para entender en su totalidad la declaración de inconstitucionalidad de la exclusión del derecho de huelga respecto de los trabajadores no regularizados en España.

Partiendo, pues, de los FJ 3 y 4 de la STCo. 236/07, el Tribunal Constitucional parte de la afirmación de que en nuestro ordenamiento no se deconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional. Por ello, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I de la Constitución. Para la determinación de estos extremos, a juicio del Constitucional, habría que acudir al análisis particularizado de cada uno de los preceptos reconocedores de derechos, dado que «el problema de la titularidad y ejercicio depende del derecho afectado» (STCo. 107/84, de 23 de noviembre, FJ 4). En segundo lugar, la regla básica que habría de ser atendida es la contenida en el art. 13 CE., esto es, que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades contenidos en el título I CE en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Partiendo de este precepto, el Tribunal Constitucional extrae las siguientes reglas básicas de interpretación:

- a. El término libertades públicas del art. 13 CE ha de interpretarse en sentido amplio, incluyendo tanto las libertades como los derechos.
- b. La regla del art. 13 CE se ha de extender a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa en nuestro país.
- c. La remisión a la ley contenida en el art. 13 CE no supone una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, puesto que el legislador, «aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los términos en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I CE, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del art. 10 CE».

Este punto de partida implica, a juicio del Constitucional, la imposibilidad de sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los dere-

chos y libertades que establezcan los Tratados y el legislador, dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del Título I les pueden corresponder y cuáles no. Por el contrario, el criterio que permite discernir si el concreto derecho puede ser sustraído del extranjero será el de si pertenece o no a aquellos derechos que son intrínsecos a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, es decir, «se trata de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana». La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido definiendo una serie de derechos que ya poseen esa condición, entre los que se pueden citar el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la libertad y a la seguridad, etc. No obstante, la relación hasta ahora elaborada no es, a juicio del Tribunal Constitucional, exhaustiva, ni se puede considerar cerrada a nuevas incorporaciones. Todos ellos poseen la característica de que son consustanciales a la dignidad humana. Es por ello que el incumplimiento de los requisitos legales exigidos a los extranjeros para poder permanecer en nuestro país no les desposee de cualquier derecho mientras se hallan bajo dicha situación en España.

Partiendo, pues, de esta premisa, el Tribunal Constitucional, en el caso de la libertad sindical, pero también en el del derecho de huelga, dadas las remisiones de la Sentencia ahora comentada, supone la necesidad de determinar si los mismos forman parte o no de aquellos derechos integrados en el «*minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar», por estar conectado con la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho. En concreto, concluye el Constitucional que la concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable para la defensa de los intereses de los trabajadores, incluyendo el objetivo de ostentar tal condición jurídico-formal.

En conclusión, a pesar de haber mantenido que la línea a seguir para aceptar o no la exclusión de una serie de derechos en perjuicio de los trabajadores extranjeros no regularizados en España era el de su vinculación con la dignidad humana, intrínseca a toda persona con independencia de cualquier otra circunstancia, dicho argumento no es esgrimido, en última instancia, en relación a la libertad sindical. El Tribunal Constitucional se limita a afirmar que no pueden ser excluidos los trabajadores extranjeros no regularizados del ejercicio de tal derecho, porque el mismo no es patrimonio únicamente de los trabajadores en sentido estricto, sino también de los que aspiran a serlo. ¿Significa ello que es consustancial a la dignidad humana un reconocimiento básico del derecho a la libertad sindical y al derecho de huelga? Sólo se podría llegar a tal conclusión bajo una interpretación de las





palabras del Tribunal Constitucional en un sentido muy flexible cuando afirma «que en nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a «todos» los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a «todos» los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE), entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales citados, entre los cuales es de recordar el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, cuyo art. 2 reconoce a todos los trabajadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, los derechos de fundación de sindicatos y de afiliación a los mismos».

#### 4. VOTO PARTICULAR

Con el análisis del voto particular, no sólo se pretende cuestionar aquí la opinión minoritaria de los tres magistrados firmantes, sino, asimismo, evidenciar alguno de los argumentos adicionales que la sentencia podría haber esgrimido y que prefirió no hacer.

El primero de estos argumentos eludidos se encuentra implícito en la argumentación del Abogado del Estado, el cual, al oponerse a la argumentación de los recurrentes, mantiene que quien no está autorizado para trabajar no puede ejercer el medio de presión frente al empresario que le otorga el derecho fundamental a la huelga. Es decir, se relaciona directamente el derecho de huelga con un derecho de presión en el marco de la relación de trabajo. En el marco de la prestación de trabajo realizado por trabajadores extranjeros no regularizados, nos encontramos con el hecho de que, de no admitir el derecho de huelga respecto de ellos por no encontrarnos ante un trabajador *strictu sensu* al no poder ser éste titular de un contrato de trabajo, se provocaría la paradoja —tal y como mantiene el Voto particular— de que estaríamos beneficiando a una de las partes de la relación de trabajo. Apurando la argumentación mantenida por los Magistrados disidentes, nos encontraríamos con que, a pesar de todo, existió prestación de trabajo. Es decir, un individuo realizó un trabajo para que otro se lo retribuyera y, ente ambas partes, existía acuerdo al respecto. En este contexto, imposibilitar el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores no regularizados colocaría a una de las partes de dicho acuerdo en una posición de privilegio respecto de la otra. Aun haciendo abstracción de los distintos grados de necesidad de los que parten el trabajador no regularizado y el empresario, como consecuencia de negarle el derecho de huelga al trabajador se dotaría incluso al empresario infractor de una situación privilegiada respecto al resto de los empresarios. En definitiva, al garantizarles, por la vía de los

hechos, una paz social, se estaría beneficiando a empresarios que pudieran haber incurrido incluso en un ilícito penal.

El derecho de huelga no sólo es un derecho subjetivo, sino que, como ha mantenido reiteradamente el propio Tribunal Constitucional, también es un instrumento de lucha colectiva de los trabajadores. Baste recordar, en este sentido, cómo el propio Tribunal Constitucional amplió el contenido puramente individual del derecho de huelga y expresamente mantuvo que «entre otras significaciones [el derecho de huelga] tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, como instrumento de presión constitucionalmente reconocido que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos» (STCo 123/92, de 28 de septiembre, FJ 4). Partiendo de este argumento, no habría ninguna posibilidad de excluir a los trabajadores extranjeros no regularizados del derecho de huelga, pues si es posible negarles el carácter de trabajadores en un sentido técnico-jurídico, no hay modo de hacerlo desde el punto de vista de su pertenencia a la clase trabajadora.

En lo que se refiere a los argumentos esgrimidos destaca, el que mantiene que no resulta razonable atribuir derechos tales como la libertad sindical a unos individuos que, conforme a la legislación española, podrían ser expulsados del territorio español por no tener regularizada su situación administrativa. Es decir, el autor considera incoherente afirmar que se les reconocen derechos a unas personas a las que, en última instancia, se les pueden negar todos, al poder ser objeto de una expulsión del territorio español por no cumplir con la legalidad administrativa que, en definitiva, les impide ser titulares de los derechos cuestionados.

A continuación, el voto particular esgrime el auténtico motivo de la exclusión de los derechos fundamentales realizada por la LO 8/2000. Éste no es otro que la supuesta defensa de España ante la avalancha de extranjeros acaecida en la última década. Es decir, según estos magistrados del Tribunal Constitucional, el Estado tiene derecho a defenderse utilizando como arma la exclusión de los derechos reconocidos como fundamentales por la Constitución, de la que es de suponer que son máximos garantes: «Que ante una situación masiva de entradas y estancias ilegales de ciudadanos extranjeros el legislador establezca como condición de disfrute de los derechos de reunión, asociación y sindicación [y como consecuencia de la remisión, también del de huelga] por parte de los extranjeros la de la estancia o residencia legal en España, creo que entra con absoluta naturalidad entre las restricciones que los tratados internacionales referidos admiten respecto de los derechos que consagran, en concreto en el de la protección de la seguridad o del orden público».



Por último, es atacado el razonamiento contenido en el FJ 3 en virtud del cual es la dignidad de la persona la que impide restringir, por parte del legislador ordinario, aquellos derechos que están directamente vinculados con ella. El voto particular cuestiona que derechos como la libertad sindical y —como consecuencia de nuevo de la remisión mencionada— el derecho de huelga entren en dicha categoría de derechos ligados estrechamente a la dignidad de la persona. Según estos magistrados, es una exageración considerar que una negación de ambos derechos suponga un menoscabo de la dignidad de las personas. Es más, aunque así fuera, el sacrificio de esa dignidad estaría justificado como consecuencia de la necesidad de preservar el orden político y la paz social ante el «masivo número de extranjeros en situación de entrada y residencia ilegal en España».

Desde nuestro punto de vista, esta argumentación plantea una peligrosa incertidumbre. En concreto, si no definimos cuáles son los derechos que poseen todas las personas, al margen de su consideración como ciudadanos, y, al mismo tiempo, se plantee que los derechos humanos que no tienen esa consideración pueden ser sustraídos del patrimonio de ciertos seres humanos, se crea la incertidumbre de hasta dónde puede ir el Estado en su defensa frente «a la masiva entrada y permanencia» de esos seres humanos de segunda. En concreto, el ponente del Voto particular califica de «exagerado» que puedan tener esta consideración la libertad sindical, el derecho de huelga, el derecho de reunión y el de asociación. Sin embargo, no precisa qué otros derechos, si es que a su juicio los hay, tendrán la consideración de consustanciales a todas las personas con independencia de su situación administrativa en España.

En resumen, las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional a finales del año 2007 han supuesto una importante toma de posición del intérprete constitucional sobre el ámbito subjetivo de los derechos de libertad sindical y huelga. Por una parte, en una generosa interpretación del art. 10 CE, extiende a los derechos de huelga y libertad sindical la consideración de derechos que pertenecen a los individuos en cuanto personas, es decir, con carácter previo a su consideración como ciudadanos. Es por ello que su reconocimiento no se puede subordinar a una determinada situación administrativa. En segundo lugar, y como consecuencia de esta premisa, los titulares del derecho de huelga no sólo son los trabajadores en un sentido técnico-jurídico, sino también aquellos que desempeñan un trabajo para otro asimilable al realizado por un trabajador del art. 1 ET, pero sin la cobertura del contrato de trabajo. En definitiva, el derecho de huelga no resulta únicamente un medio útil para la defensa de los derechos de los trabajadores, sino que se convierte asimismo en un instrumento idóneo en la lucha para adquisición de su consideración propia como trabajadores.

