

A vueltas sobre las cortapisas al ejercicio del derecho de huelga de los inmigrantes: una revisión crítica*

Adoración GUAMÁN
Universitat de València
adoracion.guaman@uv.es

Recibido: 03-06-2013
Aceptado: 28-05-2014

RESUMEN

El reconocimiento del derecho de huelga de los trabajadores inmigrantes es un tema tratado profusamente tras las sentencias del Tribunal Constitucional de 2007. Más allá de la importancia de este reconocimiento, es necesario abordar la complicada cuestión del déficit de condiciones jurídicas y materiales para hacer posible el ejercicio efectivo de este derecho, en particular en un contexto en el cual la situación de crisis económica y de desempleo ha afectado particularmente al colectivo de trabajadores inmigrantes. El estudio de la regulación de este derecho en el contexto señalado demuestra cómo las condiciones jurídico-administrativas que encuadran el reconocimiento del derecho al trabajo de las personas inmigrantes impiden el establecimiento de las adecuadas garantías para que el ejercicio del derecho de huelga pueda realizarse en condiciones de igualdad con el resto de los trabajadores asalariados. Esta situación supone una cortapisa no sólo del efectivo ejercicio del derecho sino de sus potencial como vía para la reivindicación de derechos de ciudadanía para las personas inmigrantes.

Palabras clave: huelga, trabajadores inmigrantes, crisis económica, desempleo, despido.

Going back to the restrictions on the right to strike of immigrant workers: a critical review

ABSTRACT

Recognition of the right to strike of immigrant workers is a widely analysed topic, particularly after the judgments of the Constitutional Court in 2007. Despite the importance of this recognition, it is necessary to deal with the problem of the lack of juridical and material conditions that make possible the effective exercise of this right, specially in a context where economic crisis and unemployment affects intensely to immigrant workers. This paper is aim to demonstrate how the legal and administrative conditions that restrict the right to work of irregular immigrants prevent the establishment of appropriate safeguards for the

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de I+D dirigido por la Dra María José Añón Roig, titulado “Inmigración, integración y políticas públicas, garantía de los derechos y su Evaluación”, con referencia DER2009-10869 y financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, Dirección General de Investigación.

exercise of the right to strike. This situation is an obstruction not only for the effectiveness of the recognition of the right but also for its potential as a way to claim citizenship rights for immigrants.

Keywords: strike, immigrant workers, economic crisis, unemployment, dismissal.

REFERENCIA NORMALIZADA

Guamán, A. (2015). “A vueltas sobre las cortapisas al ejercicio del derecho de huelga de los inmigrantes: una revisión crítica”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Vol. 33, núm. 1, p. 93-117.

SUMARIO: Introducción. 1. Evolución normativa del reconocimiento del derecho de huelga a los trabajadores inmigrantes. 1.1. El reconocimiento internacional del derecho de huelga. 1.2. La arquitectura constitucional del derecho de huelga. 2. El reconocimiento del derecho al trabajo de las personas inmigrantes y sus límites normativos y materiales: implicaciones para el ejercicio del derecho de huelga. 3. A modo de conclusión. 4. Bibliografía.

Introducción

El rasgo que caracteriza actualmente al conjunto de los trabajadores inmigrantes en el Estado español es su elevadísima tasa de paro, que alcanza el 39,21%, y se sitúa 14,1 puntos por encima de aquella de las personas de nacionalidad española (25,11%)¹. Como demuestran estos datos, la destrucción masiva de empleo ha tenido una especial repercusión entre los inmigrantes, con el consiguiente agravamiento de la posición de desigualdad y mayor vulnerabilidad de este colectivo que se ve abocado a la irregularidad o al retorno.

No obstante esta realidad, la llamada “inmigración económico-laboral” sigue siendo hoy en día la vertiente protagonista en la gestión de los movimientos migratorios, al igual que el trabajo “formal” sigue actuando como vía de activación de los derechos que se les reconoce a las personas inmigrantes². Así, es posible

¹ Según los datos de la EPA del primer trimestre de 2013.

² El informe de la OIT de 2010, *Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos*, indicaba las cifras que demuestran esta afirmación en el plano internacional: los 214 millones de migrantes internacionales estimados en 2010 representan únicamente el 3 por ciento de la población mundial, entre ellos, los trabajadores migrantes (es decir, las personas que emigran en busca de trabajo) y sus familias representan alrededor del 90 por ciento del total de los migrantes internacionales. No cabe duda por tanto, señala el informe, de que la migración actual es claramente laboral, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_160050.pdf. La doctrina ha definido la inmigración laboral como un “conjunto de flujos migratorios cuyos protagonistas principales son personas nacionales de terceros Estados con un escaso nivel de desarrollo socioeconómico donde las condiciones de vida son difíciles, que emigran hacia otros países y sociedades más evolucionadas socioeconómicamente a la búsqueda de unas mejores condiciones sociales y de vida que le permitan tener un desarrollo vital digno que mejoraría al de sus países y sociedades de origen. Aparece configurado, pues, el trabajo, la actividad laboral susceptible

afirmar que en la actualidad está más vigente que nunca tanto el binomio *inmigración-trabajo* como el par *trabajo formal-derechos* lo cual agudiza las desigualdades graves en cuanto al acceso y disfrute de los derechos de ciudadanía y, en definitiva, provoca institucionalización legal de la exclusión social.

En esta realidad, enmarcada por la exclusión y la desigualdad, el acercamiento al derecho de huelga de los inmigrantes, un tema jurídicamente tratado en abundancia especialmente tras las conocidas sentencias del Tribunal Constitucional de 2007, se aborda en estas páginas desde una doble premisa teórica, que justifica su revisión. En primer lugar, va a considerarse la huelga como un derecho que va más allá de su vinculación con el ámbito estrictamente laboral para situarse en el plano de los problemas derivados de la dialéctica capital-trabajo, ampliamente considerada. Desde esta óptica, seguimos a Baylos al sostener que la inserción constitucional del derecho de huelga en la Constitución de 1978 permite afirmar que el mismo se enraíza en la lógica democrática e igualitaria, por lo que debería considerarse anudado a la consecución de la igualdad material y desvinculado del contrato entendido como intercambio mercantil (Baylos, 2009, p. 44). Por ello, y apoyándose en la STC 259/2007, el autor sostiene que, siendo la huelga como derecho fundamental un medio de defensa de los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependiente, su ejercicio es particularmente adecuado como vía para que los inmigrantes en situación administrativa irregular reivindiquen sus derechos, no solo estrictamente laborales sino también político-sociales en sentido amplio. De ahí la importancia fundamental del reconocimiento de huelga de este colectivo.

Reconociendo así que el ejercicio de este derecho es importante como vía para la reivindicación de derechos de ciudadanía para las personas inmigrantes, la segunda premisa que nos esforzaremos en demostrar, es que la potencialidad de la huelga como vehículo/instrumento de consecución de una remoción de las desigualdades y de la emancipación de los inmigrantes como clase subalterna debe ponerse en duda, máxime cuando en las circunstancias actuales tanto de coyuntura laboral como de actuación político-jurídica parece más vigente que nunca tanto el vínculo *inmigración-trabajo* como el vínculo *huelga (derechos)-trabajo (formal)*. Así, y siguiendo a Maestro³, sostendremos a lo largo del artículo que el potencial intrínseco del derecho de huelga ni se manifiesta ni puede llegar a manifestarse con la mera ampliación formal de su ámbito subjetivo para englobar a los trabajadores inmigrantes. Es necesario un paso mucho más amplio, acompañando al reconocimiento de este derecho de medidas adecuadas de fomento del empleo y de modificaciones normativas orientadas a garantizar la protección del empleo de los trabajadores inmigrantes que carezcan de la autorización administrativa de trabajo.

de desarrollar, como el medio para la consecución de la finalidad pretendida” (Monereo, Triguero: 2012, 15).

³ Maestro: 2010.

Para demostrar esta afirmación abordaremos un análisis en un doble plano. En primer lugar, se analizará el vector estructural, constatando que, aun a pesar del mandato del Tribunal constitucional, aun existen deficiencias en el cumplimiento por el Estado español de los requisitos formales respecto del reconocimiento del derecho de huelga a los inmigrantes. En segundo lugar se demostrará que, aun a pesar de la arquitectura normativa ordenada por el TC, la igualdad material en el ejercicio de este derecho es imposible, dadas las dificultades existentes y los sacrificios que tal ejercicio implica para los inmigrantes.

1. Evolución normativa del reconocimiento del derecho de huelga a los trabajadores inmigrantes

Como ya se ha señalado, el reconocimiento del derecho de huelga a los extranjeros ha experimentado un grave vaivén normativo. La intervención del Tribunal Constitucional en el año 2007, con la STC 259/2007, clarificó en cierta medida los imperativos que se derivan de la constitucionalización del derecho de huelga y de su presencia en los Tratados internacionales que obligan al estado español, declarando inconstitucional y anulando la discriminación respecto de su ejercicio que había introducido la Ley 8/2000.

Cabe recordar que el artículo 10 de la ley 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España reconocía el derecho de afiliación sindical y de ejercicio del derecho de huelga a los extranjeros que se encontraran “legalmente” en el territorio español, sin que los dos Reglamentos que desarrollaron la norma, el de 1986 (RD 119/1986) y el de 1996 (RD 155/1996) incidieran en esta cuestión.

El cambio de rumbo introducido por la Ley Orgánica 4/2000 se reflejó particularmente, como ya señalábamos, en el ámbito laboral y, en cuanto a los derechos colectivos, vino a reconocer las libertades de reunión, manifestación, asociación y huelga (art. 11 de la Ley 4/2000), a todos los extranjeros.

A partir de este momento la historia que relatamos ha sido objeto de abundante tratamiento doctrinal. La Ley Orgánica 8/2000 significó un retroceso a la situación anterior y una vulneración de los principios constitucionales⁴ así como de las bases supranacionales del derecho de huelga al introducir respecto del derecho de huelga una condición adicional a la exigencia de estancia o residencia legal, como era la autorización para trabajar. Ciertamente, ya hemos visto que el reconocimiento del

⁴ Una buena parte de la doctrina no dudó en afirmar esta inconstitucionalidad en el momento de publicación de la norma, considerándola acertadamente como contraria tanto a la Constitución y a la interpretación del Tribunal Constitucional respecto de las facultades del legislador para establecer condicionamientos al ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros, como a la normativa internacional aplicable vid., entre otros, Mendoza, 2005, pp. 75-87; Escudero, 2001, pp. 33-40; Ruíz, 2003, p. 30.

derecho de huelga en el plano supraestatal admite la regulación nacional de su ejercicio, su modulación, pero salvo excepciones muy concretas, no permite la exclusión de un colectivo de su ámbito de aplicación, tal y como establecía la Ley 8/2000 al condicionar en su art. 11 el ejercicio del derecho de huelga a los requisitos mencionados.

Como ha señalado la doctrina, la situación que se provocaba no dejaba de ser paradójica, en tanto en cuanto el art. 36.3 de la Ley 8/2000 mantenía, como hemos visto en el apartado anterior, la afirmación de que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador no invalidaría el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero. Para interpretar qué derechos eran estos parecía oportuno recurrir al art. 4 ET, entre los que se encuentra (art. 4.1.e) del ET) el derecho de huelga (Baylos, 2009, p. 41; Mendoza, 2005, p. 87). De esta manera, podía considerarse reconocido el derecho de huelga por esta vía secundaria.

Pero las contradicciones no acababan ahí sino que se derivaban de la misma estructura del derecho de huelga, de titularidad individual pero de ejercicio colectivo, llevando a la doctrina a afirmar que, si la participación de extranjeros sin autorización no convertía la huelga en un acto ilegal, difícilmente podía entenderse posible separar la participación de estos trabajadores en una huelga legal de las consecuencias derivadas de un despido basado en tal participación, esto es, la improcedencia o nulidad del mismo, según se adoptada una u otra interpretación del art. 35.3 LOEX (Lousada, Cabeza, 2004).

Sin embargo, pesar de las dificultades materiales para la aplicación de la exigencia del art. 11 LOEX, lo cierto es que el mismo establecía una inconstitucional diferenciación respecto del ejercicio del derecho entre inmigrantes con autorización y sin autorización, y colocaba a estos últimos ante la posibilidad de sufrir una represalia jurídica por el ejercicio de un derecho fundamental, convirtiéndolos en “esquiroleros forzados” ante huelgas lícitas. Siete años después de la aprobación de la Ley 8/2000, la ya bien conocida sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007 de 19 de diciembre⁵ vino a solucionar, solo parcialmente como veremos, la situación creada por el legislador.

Para analizar el derecho de huelga y evaluar la constitucionalidad de la restricción de su ejercicio a los extranjeros en situación de legalidad el Tribunal parte de tres pilares básicos: el reconocimiento internacional del derecho de huelga; la configuración constitucional del mismo; y una interpretación material del concepto trabajador. Al análisis de las dos primeras cuestiones dedicamos los siguientes subepígrafes.

⁵ Sobre esta sentencia existen multitud de análisis doctrinales, vid. entre otros, Ceinos, 2008; Baylos, 2009, pp. 44 y ss; Monereo y Triguero, 2008;

1.1. El reconocimiento internacional del derecho de huelga

Como es bien sabido, este reconocimiento no ha sido una cuestión tan evidente como el del derecho al trabajo o la libertad sindical. Precisamente por el complejo encaje entre su faceta revolucionaria y su vertiente vinculada con el pacto capital-trabajo, el derecho de huelga se ha resistido, o ha encontrado resistencias, para su reconocimiento y regulación⁶. No obstante, la situación ha evolucionado notablemente en los últimos años, cuestión que merece un breve *excursus*. Efectivamente, como hemos señalado, el derecho de huelga no sólo se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Carta Social Europea y en otros textos regionales sino que ha sido conectado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la libertad de

⁶ El derecho de huelga se encuentra expresamente reconocido en el art. 8.1.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y en el art. 6 de la Carta Social Europea. En el ámbito normativo de la Organización Internacional del Trabajo, es interesante señalar que aunque el derecho de huelga no está explícitamente reconocido, el mismo ha sido amparado por los órganos de control de la OIT, en particular por el Comité de Libertad Sindical y por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, a partir del principio general de la libertad sindical tanto en la Constitución de la OIT como en los distintos Convenios (fundamentalmente el 87 y el 98). En concreto, deben destacarse tanto la Resolución relativa a la abolición de conductas antisindicales de 1957 como la de 1970 relativa a los derechos de los sindicatos y su relación con las libertades civiles, donde se contemplaba explícitamente la necesidad de que los Estados aseguraran la protección y el respeto del derecho de huelga (Sobre el particular, vid. Odero, Gernigon, Guido, 1998). En el ámbito del derecho de la Unión Europea, el derecho de huelga se ha reconocido tanto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 28), como en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los Trabajadores de 1998 (art. 13), todo ello sin perjuicio de que la Unión Europea mantenga excluida la posibilidad de armonizar las legislaciones nacionales en materia tanto de derecho de huelga como de cierre patronal (art. 153.5 TFUE). El derecho derivado también lo menciona, con el Reglamento 2679/1998 de 7 de diciembre, sobre funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías. La propuesta del llamado Reglamento Monti II (Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre de prestación de servicios /* COM/2012/0130 final - 2012/0064 (APP) ha sido retirada (vid. Castelli: 2012). Por último y en el ámbito de la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado en la sentencia *Viking Line* (STJCE de 11 de diciembre de 2007, C-438/05) que el derecho de huelga es un derecho fundamental integrante de los principios generales del Derecho Comunitario, si bien sometido a los límites que imponen los principios fundamentales de la integración europea, como las libertades económicas (sobre esta sentencia y las que a ella han seguido vid. Goerlich, Guamán: 2011 o, en concreto sobre la huelga, Guamán: 2007).

asociación, derecho recogido en el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siguiendo la senda marcada por la OIT.

Centrándonos en este último punto cabe valorar especialmente el giro que en los últimos años ha experimentado la jurisprudencia del TEDH al integrar el acervo de la OIT en sus parámetros de enjuiciamiento de los derechos que se derivan del CEDH, cuyo artículo 11 reconoce la libertad sindical como una forma o aspecto particular de la libertad de asociación. Ciertamente, el Tribunal había señalado durante un largo tiempo que ni la negociación colectiva ni la huelga podían considerarse amparados por el art. 11 del Convenio, negando que los Convenios 87 y 98 de la OIT o la doctrina de los órganos de supervisión de los mismos fueran relevantes para la interpretación del alcance del mencionado artículo que recoge la libertad de asociación.⁷

La situación experimentó un cambio sustancial con los asuntos *Demir and Baykara* y *Enerji Yapi-Yol Sen*⁸. En el primero de estos casos, el Tribunal integró en su razonamiento los parámetros normativos e interpretativos de la OIT, aplicando la libertad sindical reconocida en el art.11 del CEDH a la luz de los convenios OIT sobre libertad sindical y la interpretación que de los mismos han hecho los órganos de esta organización⁹. De esta fundamental sentencia caben destacar dos aspectos fundamentales para el tema que nos ocupa: por un lado, la afirmación de que el reconocimiento de la libertad sindical se deriva una obligación *positiva* de los Estados respecto de la misma para garantizar su ejercicio (párrafo 110 de la sentencia); por otro, la afirmación de que el derecho a concluir convenios colectivos forma parte del contenido esencial de la libertad sindical¹⁰.

⁷ Un resumen de esta evolución puede encontrar en Eber, Oelz: 2012.

⁸ *Demir and Baykara* (Application no. 34503/97), Judgment of the Grand Chamber of 12 November 2008).

⁹ En particular, en el apartado 85 de esta sentencia el Tribunal señalaba que “cuando define el sentido de los términos y nociones que figuran en el texto de la Convención, puede y debe tener en cuenta otros elementos de derecho internacional distintos a la Convención, las interpretaciones de estos elementos hechas por los órganos competentes y la práctica de los Estados europeos reflejando sus valores comunes. El consenso emergente de los instrumentos internacionales especializados y de la práctica de los Estados contratantes, puede constituir un elemento pertinente cuando el Tribunal interpreta las disposiciones e la Convención en los casos específicos”. Por esta razón, continuaba en el apartado siguiente, “no es necesario que el Estado defensor haya ratificado el conjunto de los instrumentos aplicables a la materia precisa a la que se refiere el asunto concernido”. Sobre esta cuestión y en particular en relación al vínculo mantenido en la OIT y corroborado por el TEDH entre negociación colectiva y huelga y su consideración como “derechos esenciales” se remite a Eding, Hendy, 2010.

¹⁰ Como desarrolla el Tribunal, su jurisprudencia anterior no había considerado posible incluir la garantía de la negociación colectiva dentro del art. 11 del CEDH. Posteriormente, algunos pronunciamientos la consideraron como un “instrumento útil” pero sin afirmarla

El vínculo entre la libertad sindical y la huelga lo aborda el TEDH en su sentencia *Enerji Yapi-Yol Sen*, en los siguientes términos “lo que exige el Convenio es que la legislación permita a los sindicatos, según las modalidades no contrarias al artículo 11, luchar por la defensa de los intereses de sus miembros (...). La huelga, que permite a un sindicato hacer oír su voz, constituye un aspecto importante para los miembros de un sindicato en la protección de sus intereses (...). El Tribunal señala asimismo que el derecho de huelga es reconocido por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como el corolario indisoluble del derecho de asociación sindical que protege el Convenio C87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho sindical (...). Recuerda que la Carta social europea reconoce también el derecho de huelga como medio de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva laboral (apartado 24).

Siendo pues evidente la concreción del derecho de huelga como derecho humano, no parece posible sostener ningún tipo de restricción basada en la posesión de una autorización de residencia y trabajo, por lo que el primer argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional en el FJ séptimo de su sentencia 159/2007 deviene plenamente correcto¹¹.

1.2. La arquitectura constitucional del derecho de huelga

En el plano de la exégesis de la arquitectura constitucional del derecho de huelga, el Tribunal afirmó con claridad que “la exclusión total del derecho de huelga de

como indispensable, siendo los elementos esenciales del derecho sindical el derecho a formar un sindicato y afiliarse al mismo; la prohibición de acuerdos de monopolio sindical y el derecho de un sindicato de tratar de persuadir al empresario de que escuche lo que tiene que decir en nombre de sus miembros. Más allá de estos tres elementos, en el asunto de 2008 el Tribunal decide ampliar su interpretación, señalando que tal lista no es un *numerus clausus* puesto que el CEDH es un instrumento vivo en el que hay que integrar la evolución del derecho internacional. En esta línea, el Tribunal estima, “a la vista de la evolución del derecho del trabajo, tanto internacional, como nacional y de la práctica de los Estados contratantes en la materia, que el derecho a entablar negociaciones colectivas con el empresario, se ha convertido, en principio, en uno de los elementos esenciales del « derecho a fundar con otros, sindicatos y afiliarse a sindicatos para la defensa de sus intereses » enunciado en el artículo 11 de la Convención (párrafos 140-153).

¹¹ Aun así, es posible encontrar entre la doctrina laboralista opiniones en contra de este reconocimiento. Como muestra, puede citarse la siguiente: “Ni la libertad sindical ni la huelga son derechos humanos, so pena de proceder a una banalización de esta clase de derechos , y tampoco su encuadramiento en la categoría de «derechos fundamentales laborales» permite eludir el obstáculo, porque el ámbito subjetivo —y también funcional— de esos derechos —pensados para obligar a Estados que se caracterizan por bajos niveles de tutela del trabajador, muy distintos de España— se circunscribe a trabajadores en sentido formal, y no a esa dimensión material del concepto que interesadamente se pretende traer a colación en este campo de la extranjería no regular o no regularizada” (Rodríguez: 2010).

aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa para ello no se compadece 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” (FJ 7º). Esta jurisprudencia motivó parte del contenido de la reforma operada por la Ley 2/2009, en cuya exposición de motivos se señala claramente que “las modificaciones que imponen las últimas sentencias del Tribunal Constitucional suponen una ampliación del espacio iusfundamental del emigrante afirmando la vinculación directa de la Constitución en un buen número de derechos y limitando la disponibilidad legislativa, aunque esto no ocurre en el ámbito de los derechos sociales prestacionales”.

No han faltado críticas a esta sentencia y al reconocimiento del derecho de huelga a los extranjeros sin condición de regularidad.

En un extremo se ha sostenido que la interpretación del Tribunal Constitucional es “endeble” ya que, en opinión de esta crítica, ni siquiera respecto de los derechos de la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución Española pueden predicarse de “todas las personas” o, como hemos visto para la huelga de “todos los trabajadores” (Rodríguez: 2009). Evidentemente, tales argumentos no pueden sostenerse, ni dado el tenor literal de la norma constitucional ni acudiendo a la interpretación que de la misma realiza el Tribunal Constitucional vinculándola al principio de laboralidad, que analizaremos en posteriores epígrafes.

Desde otro punto de vista radicalmente opuesto, Maestro ha elaborado una adecuada crítica a las sentencias del Tribunal Constitucional 259/2007. Ya hemos visto que tal y como están constitucionalmente configuradas, y siguiendo la línea de su reconocimiento internacional, las libertades sociales son derechos de conflicto que se anudan al ámbito del trabajo. Este vínculo ha sido reconocido por el Tribunal que incluso ha partido del mismo, y del consabido reconocimiento de la materialidad del trabajo o del principio de realidad material para reconocerlas a la totalidad de los trabajadores.

En efecto, el TC señalaba como justificación para el reconocimiento del derecho de huelga que el propio párrafo segundo del apartado 3 del art. 36 de la misma Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el art. 1.29 de la Ley Orgánica 8/2000, sienta el criterio en cuya virtud la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. Según el Tribunal, esto implica que el legislador orgánico realiza una “declaración de equiparación”, de manera tal que los derechos del trabajador extranjero, aun del que trabaja careciendo de autorización administrativa, están protegidos por el mero hecho de realizar un trabajo efectivo, incluido el de huelga que además se reconoce en el art. 4.1 e) del Estatuto de los trabajadores.

Aquí es donde se encuentra el punto débil del argumento del Tribunal Constitucional, dado que la supuesta “equiparación” no es real, dado que la LOEX sigue configurando un estatus laboral (y por tanto de acceso a los derechos) diferenciado según la situación administrativa. Así, según la sentencia que acabamos de citar, podría afirmarse que los trabajadores inmigrantes en situación de

“irregularidad” pueden ejercer el derecho de huelga “para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación”, una irregularidad que deriva de la propia configuración normativa de su estatus. Sin embargo, como veremos en el próximo epígrafe, la desigualdad de estatus provoca una elevación del grado de consecuencias negativas para el trabajador en situación irregular que desee ejercitar el derecho de huelga, que de facto impiden su ejercicio.

Como señala Maestro, la paradoja está servida y las consecuencias son inevitables, la norma de extranjería diseña una ciudadanía social desigual y condicionada a la vez que reconoce a los inmigrantes una vía (estrecha y con graves consecuencias) para superar tal desigualdad. Así, los condicionamientos impuestos por la falta de reconocimiento pleno del derecho al trabajo convierten el ejercicio del derecho del conflicto en una vía angosta (Maestro: 2010, 66) por no decir cerrada de facto, para los inmigrantes “irregulares”.

2. El reconocimiento del derecho al trabajo de las personas inmigrantes y sus límites normativos y materiales: implicaciones para el ejercicio del derecho de huelga

El problema radica pues en el propio reconocimiento y protección del derecho al trabajo. Éste comparte uno de los rasgos más típicos del reconocimiento de los derechos sociales, incluso prestacionales, a inmigrantes, que se incluyen a partir de la Ley 4/2000 y sobretudo con la reforma de la LO 8/2000: la doble mediación normativa, como derechos sociales en sí y como derechos sometidos a la condición de la posesión de una autorización administrativa.

Respecto del derecho al trabajo, en sí y en relación con los inmigrantes, se ha producido una doble degeneración por la vía normativa del derecho, permitida por la conjunción entre la dicción constitucional del art. 35 CE, *todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo*, y el reenvío legislativo previsto en el art. 13.1 CE en términos absolutos, “permitiendo la construcción de un espacio de disposición normativa del derechos, de la titularidad del mismo y de su contenido” (Maestro: 2010, 65). El legislador ha hecho uso de esta facultad en el artículo 10.1 de la LOEX, donde reconoce a los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en la misma y sus disposiciones de desarrollo el derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social. Queda por tanto supeditada la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, y por tanto el acceso pleno al derecho al trabajo y todos los que se sitúan a él anudados, al requisito administrativo de la autorización de residencia y trabajo, lo que según el fundamento 4º de la STC 107/1984 de 23 de noviembre, no se opone a la Constitución.

Evidentemente, este reconocimiento implica que, una vez dentro de la relación laboral regular, la igualdad formal tiene plena vigencia. Es decir, tras la autorización y la contratación, el estatuto formal de derechos y libertades del que disfruta al extranjero es idéntico al de los trabajadores españoles, tal y como

establecen los arts. 3 y 23 LOEX y como exige la normativa internacional¹² (Cavas: 2011).

No obstante este reconocimiento, la regulación comentada provoca dos consecuencias, la primera para las personas inmigrantes que sí que reúnen las condiciones legalmente previstas para el acceso al mercado de trabajo formal, cuya igualdad real con los trabajadores nacionales está lejos de alcanzarse¹³; la segunda respecto de las personas en situación de irregularidad administrativa. Nos centraremos en esta última situación.

¹² El derecho al trabajo se encuentra recogido reconocido para toda persona, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1) como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6.1). En este ámbito de los trabajadores migrantes, es de muy especial relevancia la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 y que entró en vigor el 1 de julio de 2003, la cual no ha sido ratificada ni por el estado español ni por ningún otro país de la Unión Europea (sobre el contenido de la misma vid. el informe de de Lucas et alt.: 2010). Los cuatro puntos de la Convención, como resume el citado informe son la incorporación del principio de no discriminación; el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes no documentados, el reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales sobre la base de la no discriminación con el nacional a los migrantes documentados y la eliminación de los movimientos ilegales.

¹³ Más allá de la desigual afectación del desempleo, evidente según la tasa de paro actual de trabajadores inmigrantes y nacionales, desde el punto de vista estrictamente normativo puede afirmarse que perviven un conjunto de trabas que dificultan enormemente la consecución de esta igualdad real entre trabajadores. Señalando sólo algunas de ellas, pueden mencionarse los arts. 63.1, 67.8 y 70.7 del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011) establecen la vinculación de la autorización con el alta efectiva en seguridad social. El primero de ellos indica, siguiendo lo dispuesto en el art. 36.2 de la LOEX, que la validez de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena está condicionada al alta en la seguridad social, esto es, a un acto del empresario sobre el cual el trabajador no tiene posibilidad ni de control ni de influencia. Transcurrido ese tiempo, de no producirse la firma del contrato y el alta, la persona inmigrante tendrá que abandonar el país, dado que su situación ha devenido “ilegal”, sin que haya realizado él ninguna acción jurídicamente reprochable, so pena de enfrentarse a una sanción administrativa grave (ex art. 53.1.b) LOEX), que conlleva la sanción grave de multa (art. 55.1.b) LOEX) o expulsión del territorio (art. 57.1 LOEX). Idéntica situación de ilegalidad se producirá si el inmigrante en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que es titular (art. 52. d) LOEX). Por añadidura, es fácilmente deducible que la limitación de la movilidad de los trabajadores inmigrantes se sitúa en la línea del aumento de las posibilidades de control sobre los mismos (Molina, Vela: 2011, 111; Charro, Sánchez: 2011).

No puede cuestionarse que respecto del reconocimiento del llamado principio de materialidad laboral a los inmigrantes en situación administrativa irregular, la Ley 4/2000 supuso, con la introducción del antiguo artículo 33.3, una evolución respecto de la situación anterior, tanto normativa como jurisprudencial¹⁴. Es bien sabido que el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 7/1985 no dejaba duda acerca de la exigencia de la autorización pertinente para poder ejercer una actividad lucrativa, fuera por cuenta propia o ajena, mientras que su reglamento (RD 155/1996) abundaba en la cuestión señalando la imposibilidad de que un empresario contratase a un extranjero que no se encontrase autorizado para trabajar en España. Dado este marco normativo, la jurisprudencia vino considerando largamente la nulidad de pleno derecho del contrato¹⁵, evitando por la vía de la aplicación del art. 9.2 ET la situación de enriquecimiento injusto del empresario, al reconocer al trabajador la posibilidad de exigir su remuneración a pesar de la nulidad del contrato.

La situación cambió cuando la Ley 4/2000 introdujo en su art. 36.3 el bien conocido inciso “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador”, redacción que ha sido variada en las distintas reformas experimentadas por esta ley, hasta quedar redactado en la actualidad (art. 36.5) como sigue: “la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por

¹⁴ Para un recorrido por la evolución de este “principio de materialidad laboral” vid., Fernández, Moreno: 2011; Amaadachou, 2011; Díaz: 2010; Ramos: 2010; Rodríguez: 2009; Ceínós: 2009; Roldán: 2008; Lousada, Cabeza, 2004; Ballester: 2003; Tarabini-Castellani: 2003; RUÍZ: 2003.

¹⁵ Dos fueron las vías principales para afirmar esta nulidad, la falta de capacidad del trabajador y la nulidad derivada de la vulneración de una norma imperativa por parte del empresario. Como recuerda Borrajo, aun aceptando que el contrato de trabajo en estas situaciones era nulo y por tanto ineficaz, introdujeron dos salvaguardas respecto de los derechos de los trabajadores: por un lado, en cuanto al derecho al cobro del salario, se utilizó el art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores (*en caso de que el contrato resulte nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración correspondiente a un contrato válido*); por otro lado, respecto de los accidentes de trabajo, se admitía el acceso a la protección por dicha contingencia, en base al principio de automaticidad de las prestaciones y a la aplicación del principio de igualdad de trato, sin requisito de residencia, del Convenio OIT n.º 19. Borrajo: 2008.

desempleo”. Redacción que obedece sin duda, en lo que respecta al ámbito de la seguridad social, a una recepción del legislador de la interpretación jurisprudencial más restrictiva respecto del reconocimiento de las prestaciones de seguridad social (Álvarez: 2012, 88).

Más allá de las discrepancias doctrinales¹⁶, el Tribunal Supremo se apresuró a confirmar que esta modificación normativa establecía con toda claridad que el contrato del trabajador extranjero no autorizado ya no podía ser considerado, a partir de la ley 4/2000 como un contrato nulo (STS de 29 de septiembre de 2003, RJ 2003, 7446)¹⁷. Posteriormente, el Tribunal Constitucional, incidía en esta “materialidad laboral” y añadía que este apartado 3 del art. 36 de la Ley 4/2000, refiriéndose a su redacción por la Ley 8/2000, “sienta el criterio en cuya virtud la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. De esta forma el propio

¹⁶ La interpretación doctrinal de este precepto en cuanto a la existencia de un cambio efectivo respecto de la nulidad del contrato no es pacífica. Una serie de autores mantienen que no existe tal viraje, sino que el contrato sigue debiendo ser considerado nulo, dado que tal nulidad “no se deriva de la falta de capacidad del extranjero, pues ese extremo debe ser determinado por su ley personal (art. 9.1 CC), sino de una lesión del orden público, que determina la ilicitud e imposibilidad del objeto del contrato”, así, la rectificación normativa iría destinada a clarificar que tal nulidad no impedía el reconocimiento del derecho a obtener la remuneración correspondiente al trabajo prestado *ex* art. 9.3 ET (en este sentido vid. Rodríguez: 2009; Borrajo: 2008); en sentido contrario, y en nuestra opinión acertado, señala Baylos que desde la Ley 4/2000 ha venido a reconocerse que el hecho a trabajar no puede admitir diferencias en razón de la nacionalidad porque de la materialidad del trabajo realizado se deduce el goce de todos los derechos anudados al trabajo, recogidos en el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores. Lo contrario significaría una doble penalización al trabajador inmigrante y un real “efecto llamada” al enriquecimiento injusto de los empresario y a la utilización irregular de mano de obra extranjera (Baylos, 2009, P. 41; Ramos, 2003, P. 559; Monereo, Triguero: 2010; de Lucas et al.: 2010; Mendoza: 2008; Rojo, Camós: 2005; Lousada, Cabeza: 2004.).

¹⁷ En el mismo sentido vid. las SSTs de 29 septiembre 2003 (RJ 2003, 7446) y de 7 octubre 2003 (RJ 2003, 6497). La doctrina contraria a la modificación de la consideración de nulidad del contrato ha calificado estos pronunciamientos como “apresurados” o “desafortunados”, insistiendo en la rectificación posterior (Rodríguez: 2009). No obstante, cabe señalar que tal rectificación se ha producido en el estricto ámbito de la seguridad social, como el mismo autor reconoce, pero nada se ha retrocedido en la interpretación respecto de los derechos laborales que se deriven de una prestación de servicios por un inmigrante en situación irregular. En la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo señalada vid. entre otras las recientes: TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 23 diciembre, AS 2011\808; STSJ Cataluña, sentencia núm. 73/2010 de 12 enero, JUR 2010\115127; STSJ Castilla-La Mancha, sentencia núm. 185/2010 de 9 febrero, AS 2010\1377; para un repaso de la jurisprudencia anterior vid. Ceinós: 2007.

legislador orgánico, con tal declaración de equiparación, pretende proteger los derechos del trabajador extranjero que, aun careciendo de autorización administrativa para trabajar, está efectivamente trabajando en nuestro país. Tales derechos no se atribuyen a la persona en razón de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador”.

En la misma línea, la jurisprudencia de suplicación ha venido considerando que en estas situaciones el contrato, no sólo es no-nulo sino que debe ser considerado válido y por tanto eficaz desde un prisma jurídico, gozando el así contratado de hecho de todos los derechos laborales y teniendo como obligado contrapunto que soportar los deberes inherentes a dicha condición” (STSJ Madrid, AS 2011\808, FD 16^o)¹⁸.

No obstante la evolución normativa y su acompañamiento jurisprudencial, el principio de realidad reconocido parcialmente no alcanza a producir una evolución en la equiparación de derechos entre trabajadores. Por un lado, son evidentes las dificultades que existen para el que se sabe irregular de conseguir la prueba de la existencia de las notas de dependencia y ajenidad o de la realización de las horas extraordinarias; igualmente complejo se presenta el tema del ejercicio de las suspensiones del contrato y el reconocimiento del derecho a la reserva de puesto de trabajo; y, más importante, se eleva la cuestión de las garantías de la estabilidad en el empleo o del ejercicio de la readmisión, cuando estas vienen contempladas en la norma laboral bien como garantía de los derechos de los trabajadores ante el cambio de empresario o como remedio ante un ilícito laboral cometido por este¹⁹.

¹⁸ Abundando en la cuestión, el TSJ de Castilla la Mancha retomaba en su sentencia de 9 de febrero de 2010 (AS 2010\1377) su contundente elaboración respecto de la prevalencia del principio de realidad de la relación laboral existente entre las partes. Es más, como señala este pronunciamiento, debe considerarse que se desprende de este principio el reconocimiento del derecho del trabajador a reclamar los derechos que se deriven de tal relación, y por ello a ejercitar acciones judiciales en defensa de las mismas, dado que “lo contrario supondría el dejar a los trabajadores extranjeros en una situación de absoluta indefensión y en manos de quienes quisieran desconocer sus derechos (...) la inexistencia de las autorizaciones reglamentadas no desvirtúa la condición de trabajador del extranjero, que simplemente presta su trabajo por cuenta ajena en una situación de irregularidad formal, pero encajable dentro de la descripción legal del artículo 1.1. del Estatuto laboral”.

¹⁹ Un primer ejemplo de estas dificultades lo encontramos en STSJ Cataluña de 20 de mayo de 2011, AS 2011\2245. Se trataba de una sucesión de contratos en la que el empresario subrogante afirmó la imposibilidad de mantener la relación laboral que el trabajador extranjero tenía establecida con la empresa anterior, sin poseer los permisos pertinentes. Cabe señalar que la sentencia admite la exclusión de la obligación de subrogarse de la nueva contrata, advirtiendo que su negativa no produce una infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sin embargo, afirma que lo que acontece es una infracción del artículo 56 del ET dado que el cese de actividad debe considerarse como un despido improcedente y, dada la imposibilidad de readmitir a un extranjero en situación irregular

Conectando todo lo antedicho con el ejercicio del derecho de huelga, observamos como la regulación comentada incide directamente en el ejercicio del derecho al impedir la principal consecuencia anudada a su protección: la calificación de nulidad del despido efectuado como represalia del derecho de huelga, con el consiguiente derecho al reingreso en la empresa.

Para la solución de este problema se han planteado diversas alternativas. Un sector de la doctrinal se inclina por reconocer el derecho a la indemnización considerando la readmisión imposible dada la carencia de las autorizaciones. La base jurídica para convertir la obligación de readmisión en una indemnización sería el art. 284 de la Ley de la Jurisdicción Social, dado que concurre una causa de imposibilidad legal para proceder a la readmisión del trabajador, que recibiría así la indemnización correspondiente y los salarios dejados de percibir²⁰.

Más interesantes son las posiciones de la doctrina científica y judicial que se han posicionado a favor de la posibilidad de hacer efectiva la readmisión, manteniendo así intactas las consecuencias de la nulidad del despido y la protección del trabajador. La justificación utilizada para mantener esta opción es clara, el incumplimiento de la ley por parte del empresario, su conducta omisiva y antisocial²¹, no puede suponerle un mayor beneficio. Las vías para sortear los inconvenientes: el colocar al empresario en una obligación de cometer una nueva infracción o la imposibilidad de readmisión cuando se haya abierto un procedimiento de expulsión, son más complejas.

Una posibilidad es, como señalaba el TSJ de Madrid en su sentencia de 10 de mayo de 2005, que la empresa solicite para el trabajador la preceptiva autorización y, una vez concedida la misma, proceda a readmitirlo. Es evidente la falta de solidez de esta posibilidad dado que la concesión de autorización depende de una pluralidad de factores y no únicamente de la voluntad de ambas partes de la relación laboral.

procede la condena solidaria de ambas empresas a la indemnización pertinente. La solución dada es ciertamente creativa pero no satisface los principios que la institución jurídica de la sucesión de contratas establece, la continuación de la relación laboral, como vía para proteger el derecho a la estabilidad en el trabajo de los trabajadores afectados. Igualmente complejo se presenta el tema de la cesión ilegal de trabajadores, por las dificultades que presenta el reconocer a un trabajador sin las preceptivas autorizaciones la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Señalando estas dos cuestiones, desde el punto de vista de la nulidad del contrato en estas circunstancias vid. Rodríguez: 2008. El autor sostiene que en cualquiera de estos casos, en el momento normativo actual, obligar a la continuidad del contrato o a la readmisión supondría colocar al empresario en la obligación de cometer una infracción administrativa, que podría derivar incluso en una penal.

²⁰ Para un resumen de la jurisprudencia partidaria de esta opción y de la doctrina que sigue esta línea vid. Roldán: 2008, p. 145.

²¹ En este sentido se han posicionado la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2005, Recurso número 373/2005.

Otra posibilidad, mucho más interesante y que recae en mayor medida en una propuesta de *lege ferenda* es la que aboga por anudar la regularización de la situación del inmigrante a las consecuencias del despido nulo. De esta manera, cuando un despido fuera calificado como tal, la necesidad de reparar y tutelar los daños y de penalizar al empresario implicaría, por un lado la concesión de la autorización preceptiva, por otro, la obligación al empresario de readmitir y, finalmente, la imposición de una sanción al empresario por haber cometido una infracción administrativa (Lousada, Cabeza: 2004)²².

En defensa de esta última opción cabe realizar una reflexión entorno a la propia naturaleza de la relación laboral. Ésta presupone la presencia de dos partes situadas en una posición de poder intrínsecamente desigual basada en la propiedad de los medios de producción por parte del empresario y, por tanto, en la situación de dependencia y ajenidad del trabajador. En esta situación, no cabe duda de que la responsabilidad por el enriquecimiento con el empleo de un inmigrante en situación administrativa irregular debe recaer sobre la parte situada en una posición de superioridad, posición que permite al empresario elegir entre ese trabajador y otro, extrayendo así una mayor plusvalía del trabajo de la persona inmigrante y del incumplimiento de la normativa vigente. Por ello, no parece en absoluta descabellada la interpretación señalada, que anuda al despido nulo la consecuencia de la concesión de las autorizaciones pertinentes, permitiendo así la aplicación de las medidas que el ordenamiento laboral establece para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, incluido el de huelga.

Efectivamente, el reconocimiento del derecho de huelga a los extranjeros, sin vincular el mismo con su situación administrativa, conlleva la necesidad de asegurar las consecuencias, derechos de participación, obligaciones, limitaciones y garantías subjetivas anudadas al ejercicio del mismo (Monereo, Triguero: 2008). Es decir que para el efectivo disfrute del derecho de huelga los trabajadores extranjeros, sin distinción, deberían tener aseguradas las siguientes cuestiones: la efectiva suspensión de la relación laboral y el consiguiente derecho a retomarla tras la huelga; el derecho a participar en los órganos de gestión del conflicto y en los piquetes informativos; la obligación de prestar los servicios mínimos; la prohibición de participar en huelgas ilegales bajo pena de sanción de despido y, como colofón fundamental, el derecho a no ser despedido por el ejercicio del derecho de huelga, o, en el caso de serlo a ser readmitido en la empresa tras reconocerse la nulidad del despido.

Por todo ello, la actual redacción del art. 36.5 LOEX plantea problemas que parecen irresolubles, como la readmisión tras la suspensión o tras la declaración de

²² En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2006, Recurso número 740/2006, no veía problema en reconocer que la intervención judicial que admite la validez del contrato y califica como improcedente el despido produce una «regularización impropia», razón por la cual la readmisión en modo alguno es imposible.

nulidad de un despido que ha vulnerado el ejercicio del derecho de huelga si no se acometen reformas en la línea de las propuestas de *lege ferenda* que señalábamos, sin las cuales garantizar el ejercicio de huelga en condiciones equitativas deviene imposible.

3. A modo de conclusión

Señalaba Escribano de manera precisa que el derecho de huelga “es la exteriorización más evidente del conflicto de intereses que subyace en la relación de capital que vincula a trabajadores y empresarios” y que la consecuencia natural de este conflicto es una mayor probabilidad de generar enfrentamientos, con mayor o menor contundencia, puesto que, continúa el autor, en realidad “el derecho de huelga sólo es efectivo cuando tal perjuicio rebaja los niveles de resistencia de la otra parte de cara a adquirir una posición más ventajosa en los procesos de negociación” (Escribano: 2012, 184).

En otras palabras, si, tal y como hemos visto, en nuestro sistema fallan las garantías para el ejercicio de la huelga (imposibilidad de reserva de puesto de trabajo o de readmisión), nos encontramos ante una situación de ausencia de paridad de armas que convierte el ejercicio de huelga en ineficaz dado el excesivo y desproporcionado sacrificio que el mismo comporta.

Así, los trabajadores huelguistas en situación de “irregularidad” podrían sufrir dos consecuencias, por un lado, ante una negativa del empresario a readmitirlos o ante un despido perderían en todo caso su empleo y se verían obligados en el mejor de los casos a aceptar la indemnización; por otro lado, si los trabajadores participan de la faceta pública y colectiva del derecho de huelga²³, se exponen a una sanción administrativa económica o incluso a la expulsión, por el hecho de mantener una relación de trabajo sin la preceptiva autorización²⁴.

²³ Sobre la participación en piquetes coactivos y las posibilidades de expulsión ya entraron Monereo, Trigueros: 2008.

²⁴ Sobre las consecuencias de la falta de autorización remitimos a Gómez: 2006, 130 y ss. Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha indicado que la sanción de expulsión requiere una motivación específica, complementaria de la permanencia ilegal en el territorio, atendiendo necesariamente al principio de proporcionalidad (STS 9 de marzo de 2007, sala de lo contencioso, nº recurso 9887/2003.), sobre el particular vid. de Lucas et alt.: 2010, 25. Teniendo esto presente, tampoco puede olvidarse que en el actual momento de elevación de la protesta ciudadana, han aumentado las posibilidades de que en el ejercicio de derechos vinculados a la huelga, como los piquetes informativos o las reuniones y manifestaciones, las fuerzas del orden público procedan a realizar identificaciones masivas, cuyas consecuencias para los inmigrantes sin regularizar son mucho más dolorosas que para los nacionales.

En estas circunstancias, una de las partes de la relación enfrenta el conflicto sabiendo que no va a poder conseguir su objetivo final, adquirir una posición más ventajosa en la negociación, o que si lo intenta arriesga no sólo su trabajo sino también su permanencia en el territorio. La conclusión es evidente, el temor a ser procesado desincentiva el ejercicio de un derecho fundamental²⁵, que, además, se encuentra carente de todas las garantías a él anudadas cuando lo ejerce una persona en situación administrativa regular.

Cierto es que, como recuerdan varios autores (Baylos: 2009, 57-58 y Noguera: 2011 y 2012) muy posiblemente, para el caso del ejercicio de protección/reivindicación de derechos del sujeto colectivo “inmigrantes irregulares” se adapten mejor las viejas estructuras de organización de la clase trabajadora y los viejos instrumentos de acción (sindicato y huelga) que los llamados “nuevos movimientos sociales”²⁶. Así, la vía sindical, esto es, la vía encuadrada en lo laboral, es con toda probabilidad el camino óptimo para la construcción de la ciudadanía cívica.

Y es por otro lado también posible admitir que si ponemos en una balanza las barreras sociológicas que los inmigrantes en situación “irregular” encuentran para ejercer sus derechos de manifestación o reunión y el derecho de huelga, las trabas existentes respecto de los primeros, por su mayor exposición social, son mayores que las que emergen respecto de la huelga, encuadrado habitualmente en una acción colectiva típica del sujeto colectivo Trabajo²⁷.

²⁵ Una cuestión que preocupaba al propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el apartado 26 de su sentencia *Enerji Yapi-Yol Sen contra Turquía* (Sentencia de 21 abril 2009, TEDH\2009\40) señaló que “un particular sí que puede sostener que una Ley viola sus derechos, en ausencia de un acto individual de ejecución, si el interesado es obligado a modificar su comportamiento por temor a ser procesado (Sentencias *Norris* [TEDH 1988, 22] previamente citada, ap. 31; *Bowman contra Reino Unido* [TEDH 1998, 4] , núm. 24839/1994, Repertorio 1998-I), o si forma parte de una categoría de personas que corre el riesgo de sufrir directamente los efectos de la legislación (Sentencias *Burden contra Reino Unido* [GS], núm. 13378/2005, aps. 33-35, 29 abril 2008 [PROV 2008, 129544] ; *Johnston y otros contra Irlanda* de 18 diciembre 1986 [TEDH 1986, 16] , serie A núm. 112 y *Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda* de 29 octubre 1992 [TEDH 1992, 69] , serie A núm. 246-A)”.

²⁶ Para una justificación de por qué los actuales movimientos en defensa de los derechos de los inmigrantes no deben insertarse en la categoría de nuevos movimientos sociales sino que se encuentran particularmente vinculadas a los sindicatos vid. en extenso Noguera: 2011.

²⁷ Respecto de los primeros derechos se ha afirmado que “la criminalización del inmigrante clandestino alrededor del cual se ha construido una imagen de sospechoso de comisión de delitos, dificulta que su ejercicio de los derechos de asociación, reunión y manifestación sea percibida socialmente como el ejercicio legítimo de un derecho constitucional, sino como un acto de imposición de sus intereses en un territorio que no le es propio. La no legitimidad social de una protesta lleva implícito una creencia común de

Igualmente relevante es la experiencia comparada, en particular la francesa, relativa a las huelgas de los *salariés sans-papiers*²⁸, siempre vinculadas al apoyo de los sindicatos de clase pero con una vertiente reivindicativa clara en pos de la obtención de regularizaciones.

Sin embargo, no pueden negarse distintas evidencias que rebajan la capacidad de la huelga como vía hacia la ciudadanía social. En primer lugar, las escasas repercusiones fácticas, más allá de la importancia fundamental en el plano teórico, del reconocimiento del derecho. Así, es por un lado cierto, que, como se afirmaba respecto de la versión inconstitucional dada por la Ley 8/2000, era impensable que un tribunal, ante la convocatoria de una huelga, realizase una aplicación selectiva de la tutela del ejercicio, convalidando despidos de inmigrantes irregulares derivados de su participación en la huelga y anulando los del resto de trabajadores (Rodríguez-Piñero, 2003, p.69); igualmente difícil de imaginar era una actuación empresarial que justificara el despido de un inmigrante en situación irregular por su participación, ilegal en ese momento, en una huelga, entre otras cosas porque ese despido llevaría igualmente anulado una sanción grave para el empresario.

Y es que, en segundo lugar, como nos señalaba Maestro, en la situación actual el reconocimiento del derecho de huelga tampoco ha implicado un efectivo ejercicio en el plano de igualdad y con garantías de tal derecho, en tanto en cuanto la propia configuración que la LOEX realiza respecto del derecho al trabajo rebaja las garantías del ejercicio del derecho de huelga por los inmigrantes “irregulares”.

Por añadidura, no cabe olvidar que, más allá del potencial que se desarrolla en el plano teórico, lo cierto es que las estadísticas laborales demuestran que la conflictividad colectiva laboral, tomando como referencia la tasa de participación en las huelgas, ha ido en permanente descenso, pasando del 22,10 en 1987 al 2,91 de 2007. El repunte del año 2009, interpretado por la doctrina como un aumento de la conflictividad ligado al golpe laboral de la crisis económica, subía la tasa hasta un 4,21 (Cruz, 2010)²⁹. Sin embargo, la evolución en los años siguientes ha seguido

“inmoralidad” del acto. Al divorciar un derecho positivo de su raíz ético-moral, el primero deja de tener sentido”. Noguera: 2012.

²⁸ Leclerc, Wolmark: 2009; Isidro: 2011.

²⁹ En su artículo de 2010 este autor señalaba que el descenso de la conflictividad podía ser explicado en base a tres argumentos (el primero poco consistente a la vista del devenir de los hechos): la coincidencia con un periodo de expansión económica y de crecimiento del empleo, aunque el propio autor admite que el cambio de ciclo sólo implicó un repunte contenido en el año 2009; un fuerte ámbito de negociación entre sindicatos y patronal (interlocutores sociales y ya no tan antagonistas) que ha otorgado fluidez al proceso general de firma de los pertinentes convenios colectivos, lo que se ha completado con un paralelo desarrollo de los procesos de solución privada de solución de los conflictos colectivos; un protagonismo de esos interlocutores sociales con condición de mayor representatividad en la

la tendencia a la baja anterior, de manera mucho más acusada, situándose en 2011 en un 0,014.

En este clima de baja participación/convocatoria de este tipo de conflictos, la huelga parece no ser ya la manifestación más evidente de la contradicción estructural, limitándose así, en términos generales, su potencial para la defensa de los derechos socio-económicos de los trabajadores. Si trasladamos este análisis al ámbito más reducido de las personas inmigrantes y recogemos la argumentación anterior respecto a la desproporción en cuanto a sacrificios la potencialidad del derecho de huelga se reduce todavía más.

No obstante, nada de lo antedicho debe interpretarse como un cuestionamiento de la operatividad del derecho de huelga sino como una crítica a la actual regulación del derecho respecto de los trabajadores inmigrantes, a la falta de garantías de su reconocimiento y, en última instancia, a las dificultades para la adaptación del ejercicio de este derecho, en términos generales, a la actual transformación del sujeto Trabajo, tanto en el plano del sustrato (la superación del fordismo), como en el plano del sujeto (la destrucción del concepto de trabajador asalariado clásico y su conversión en empleado temporal y precario) como en cuanto al armazón jurídico (con la normativización de la ofensiva antisindical que ha supuesto la Ley 3/2012).

Por todo ello, cabe afirmar que es el momento de reivindicar y repensar el derecho de huelga, tanto en el plano colectivo como, en particular, en relación con su potencial para la defensa de los derechos de las personas inmigrantes. En este sentido, es posible obtener un aprendizaje de las huelgas de inmigrantes en Francia, que han evidenciado la necesidad, y la oportunidad, de renovar la acción sindical, trascendiendo las fronteras habituales del conflicto fordista de manera transversal y creativa (Isidro: 2011). Sin embargo, esta cuestión se está demostrando extremadamente compleja. No en vano mantiene su actualidad la apreciación de Gorz: 1997, 26, que indicaba cómo los sindicatos se encuentran en la peligrosa situación de ser fuertes en una categoría declinante de trabajadores, los trabajadores que mantienen un vínculo laboral estable y unas condiciones de trabajo dignas, y débiles en otras categorías en fuerte expansión. Dentro de estas categorías el autor incluiría a los temporeros y parados, a una nueva élite de trabajadores profesionalizados con una fuerte tendencia al corporatismo y deberíamos añadir, a los trabajadores inmigrantes³⁰.

negociación de los convenios y particularmente en la convocatoria de las huelgas, lo que ha hecho descender el clima conflictual (Cruz, 2010).

³⁰ Respecto de la relación entre trabajadores y sindicatos se remite al análisis de Miravet: 2005 y a la bibliografía utilizada para el mismo respecto a la mutación del sujeto Trabajo colectivo.

4. Bibliografía

- AAVV, (2011). *Informe España 2011*, Fundación Encuentro, CESC, 2011, Madrid.
- Aguelo Navarro, P. (2009). La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los derechos humanos, *Revista de Derecho de Extranjería*, núm. 22.
- Álvarez del Cuvillo, A. (2012). La adaptación del modelo español de regulación de las migraciones laborales a los cambios económicos y sociales, una perspectiva evolutiva, RTSS, CEF, N° 351, pp. 69-86.
- Amaadachou Kaddur, F. (2011). *Tratamiento de la inmigración ilegal en España*, Aranzadi Social num. 2 (Estudio).
- Aragón Medina, J.; Martínez Poza, A., Cruces Aguilera, J., Rocha Sánchez, F. (2009). La integración laboral de las personas inmigrantes en España. Una aproximación al empleo y las condiciones de trabajo, Fundación 1º de Mayo Centro Sindical de Estudios.
- Ballester Pastor, M.A. (2003). Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ de Cataluña de 14 y 30 de mayo de 2002, *Actualidad Laboral*, I, pp. 493-500.
- Baylos Grau, A. (2009). *Inmigración y derechos sindicales*. Albacete, Bomarzo.
- Bologna, S. (2006). *Crisis de la clase media y posfordismo*, Akal, Madrid.
- Cachón Rodríguez, L. (2003), Inmigración y mercado de trabajo en España. *Gaceta sindical: reflexión y debate*. (Ejemplar dedicado a: Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes), N° 3.
- Cano Linares, M^a.A. (2010). Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N°. 63, (Ejemplar dedicado a: Europa y los Derechos Humanos), págs. 137-162.
- Caparrós Ruiz, A.; Navarro Gómez, M.L. (2009). La precariedad en las relaciones laborales de inmigrantes y españoles. Temas laborales: *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 102.
- Carrasco Perea, R.; Ortega Masagué, A.C. (2005). La inmigración en España: características y efectos sobre la situación laboral de los trabajadores nativos. *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, N° 80.

- Castelli, N. (2012). Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II, RDS, N°59.
- Cavas Martínez, F. (2011). Comentario al artículo 10 de la Ley de Extranjería. *Estudios y Comentarios Legislativos*, Editorial Aranzadi.
- Ceinos Suárez, A. (2008). Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000: comentario a las sentencias TC 236/2007, de 7 de noviembre (RTC 2007, 236) y 259/2007, de 19 de diciembre (RTC 2007, 259), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20.
- Ceinos Suárez, A. (2007). Régimen jurídico del trabajo de extranjeros en España (I). *Actualidad Laboral*, N° 21, Sección Monografías de Jurisprudencia, Quincena del 1 al 15 Dic., p. 2629.
- Charro Baena, P.; Sánchez Trigueros, C. (2011). Comentario al artículo 36 de la Ley de Extranjería, en *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas). Editorial Aranzadi.
- Cruz Villalón, J. (2010). Veinticinco años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas, *Relaciones laborales*, N°23.
- De Lucas, J. (2004). Reconocimiento, inclusión y ciudadanía, en AÑÓN, M.J., *La universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- De Lucas, J.; Ramón, C.; Solanes, A. (2008). *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención Internacional de la Organización de las Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, Instituto de Derechos Humanos, Universitat de Valencia. Disponible en http://www.idhc.org/esp/documents/20080724_InformeImmigracio.pdf
- Díaz Aznarte, M.T. (2010). El trabajador extranjero en situación administrativa irregular, en Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros, AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L.A. y Fernández Avilés, J.A. (Coords.), Comares, Granada.
- Eber, F.C.; Oelz, M. (2012). *Bridging the gap: The role of ILO law in regional human rights courts*, Discussion Paper, International Institute for Labour Studies, ILO.

- Eding, K.D., Hendy, J. (2010). The Dramatic Implications of Demir and Baykara, *Industrial Law Journal*, Vol. 39, No. 1, March 2010.
- Escribano Gutiérrez, J. (2012). Derecho de huelga y delito de desobediencia, *Temas Laborales*, núm. 113/2012. Págs. 183-193.
- Escudero Rodríguez, R. (2001). Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000, *Revista de Derecho Social*, núm. 33.
- Escudero Rodríguez, R. (2009). Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena, *Relaciones Laborales*, núm. 15.
- Fernández Avilés, J.A.; Moreno Vida, M.N. (2011). *Inmigración y crisis económica. Retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada, Comares.
- García Añón, J. (2004). Medidas antidiscriminatorias y derechos de los inmigrantes en Añón, M.J., *La universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Gómez Abelleira, F.J. (2006). Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo), N° 63.
- Isidro, L. (2011). La grève des travailleurs sans papiers: réflexions sur l'occupation, *Revue du droit du travail*, p. 363.
- Leclerc, O. ; Wolmark, C. (2011). La grève des salariés sans-papiers : aspects juridiques, *Revue du droit du travail*, p. 363.
- Lousada Arochena, J.F. ; Cabeza Pereira, J. (/2004). Los Derechos de los trabajadores extranjeros irregulares, *Aranzadi Social*, N° 7.
- Maestro Buelga, G. (2010). Derechos sociales de los emigrantes, *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, p. 53-72.
- Mendoza Navas, N.; Cabeza Pereiro, J. (Coords.), (2008). *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Albacete, Bomarzo. (pág. 43 a 81).
- Mendoza Navas, N.; Serrano García, J.M. (coords.), (2005). *Estudios sobre extranjería*, Albacete, Bomarzo.

- Miravet Bergón, P. (2005). Trabajadores inmigrantes, sindicatos y participación. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 12, 2005.
- Molina Hermosilla, O.; Vela Díaz, R. (2011). El esperado Reglamento de extranjería: principales novedades, RTSS, N°334, pp. 95-116.
- Monereo Pérez, J.L.; Triguero Martínez, L.A. (2008). Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (y II), *Relaciones laborales*, núm. 1.
- Monereo Pérez, J.L.; Triguero Martínez, L.A. (2013). Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada, en *Revista Justicia Laboral*.
- Monereo, J.L.; Molina Navarrete, C. (2003). Los derechos de los emigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma “pactada”, en *Lan Harremanak*, n° 1, pp. 99 y ss.
- Noguera Fernández, A. (2009). El constitucionalismo de tercera generación: rompiendo la tensión entre la definición social del Estado y el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. No. 43. pp. 245-265.
- Noguera Fernández, A. (2012). Los retos del derecho constitucional ante el fenómeno migratorio: una crítica a la teoría neoconstitucionalista, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N°. 1, 2012, págs. 145-173.
- Noguera Fernández, A. (2011). Constitución del trabajo e inmigración irregular: una articulación necesaria para el reconocimiento de los derechos humanos, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N°. 26, 2011, págs. 53-76.
- Odero Gernigon, Guido. (1998). *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra.
- Oliver Alonso, J. (2012). El empleo inmigrante ante la nueva fase de la crisis y la integración de la inmigración”, *Anuario de la Inmigración*, 2012. CIDOB: Barcelona.
- Pajares, M. (2011). *Sindicatos e inmigración en Europa, 1990-2010*, Barcelona, Icaria.
- Ramos Quintana, M.I. (2008). Los derechos fundamentales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida, *Revista de Derecho Social*, N° 42.

- Ramos Quintana, M.I. (2010). Migraciones laborales: las paredes maestras de la reforma 2009 de la Ley de Extranjería en España, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº 240.
- Ramos Quintana, M.I., Awad, I. (Coords.) (2010). *Migraciones laborales: acción de la OIT y la política europea*, Bomarzo.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (2003). El derecho al trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en AEDTSS, *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Gobierno de Cantabria/MTSS, Madrid.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (2010). La nueva legislación de extranjería e inmigración, *Relaciones Laborales*, núm. 8.
- Rodríguez Cardo, I. (2009). Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de seguridad social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, *Actualidad Laboral*, Nº 5, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Mar. 2009, p. 504.
- Rojo Torrecilla, E.; Camas Roda, F. (2010). Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas, *Temas Laborales*, num. 104, pp. 13-40.
- Rojo Torrecilla, E.; Camós Victoria, I. (2005). La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 8, págs. 83-106.
- Roldán Martínez, A. (2007). Imposibilidad de readmitir a trabajador extranjero extracomunitario sin permiso de trabajo en caso de despido improcedente (Comentario a la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2007, rec. núm. 3090, *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, Nº19/2008, pp. 137 y ss.
- Ruíz Castillo, M.M. (2003). Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales, *Revista de Derecho Social*, Nº 22,
- Sánchez Pérez, J. (2011). *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Granada (Comares).
- Tarabini-Castellani Aznar, M. (2003). Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002, *Actualidad Laboral*, I, pp. 157-169.