

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

DERECHO DE HUELGA Y FORMAS DE ESTADO

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Curso 2020-2021

Trabajo realizado por Aitana López Rodríguez

Trabajo dirigido por Ainhoa Lasa López

Bilbao, 17 de mayo de 2021

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. EL DERECHO DE HUELGA EN LA FORMA DE ESTADO SOCIAL.....	2
I. CARACTERIZACIÓN DE LA HUELGA COMO DERECHO DEL CONFLICTO.....	3
1.1. La dimensión económica en la forma de Estado Social.....	7
1.2. La integración política en la forma de Estado Social.....	10
CAPÍTULO II. EL DERECHO DE HUELGA EN LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL.....	21
I. GÉNESIS DE LA DECONSTRUCCIÓN DE LAS BASES MATERIALES DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL	21
II. LA TENDENCIA HACIA LA DESNORMATIVIZACIÓN DE LA DIMENSIÓN CONFLICTUAL.....	28
CAPÍTULO III. DERECHO DE HUELGA Y ESTADO-MERCADO: ESPECIAL REFERENCIA AL ORDEN JURÍDICO EUROPEO	44
I. FUNDAMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO DE MERCADO EUROPEO: DEL GOBIERNO DE LA ECONOMÍA A LA CENTRALIDAD DEL MERCADO.....	44
II. LOS DERECHOS DEL ORDEN DE MERCADO EUROPEO: LAS LIBERTADES ECONÓMICAS.....	48
III. LA DESCONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN: DE LA RESISTENCIA A LA SUBSISTENCIA EN LOS MÁRGENES DEL SISTEMA DE MERCADO.....	56

IV. LOS ¿CONFLICTOS? ENTRE LIBERTADES ECONÓMICAS Y EL DERECHO DE HUELGA: DE LA TENSIÓN A LA DILUCIÓN DEL CONFLICTO.....	63
---	----

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES.....	74
---------------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	78
--------------------------	-----------

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza el derecho de huelga desde la perspectiva de las formas de Estado. Concretamente, se parte de la tesis de que el derecho de huelga se encuentra vinculado al surgimiento de una forma de Estado específica, que es la del Estado Social, ya que es en las bases materiales del mismo donde están presentes los elementos esenciales que acompañan a la huelga y su caracterización como el derecho del conflicto por excelencia.

La huelga posee un enfoque dinámico que entronca con la perspectiva del conflicto que acompaña a estas bases materiales del Estado Social, y que se materializa en un ejercicio del derecho que trasciende del ámbito de las relaciones socio-laborales para aglutinar el conjunto del orden de reproducción social del capital. Se trata de un orden de reproducción social asimétrico, que ya trató de paliarse con anterioridad, más concretamente durante la crisis del Estado liberal, a través de la construcción de un estado de bienestar desvinculado de la constitucionalización del conflicto propia del Estado social. El propósito de este estado del bienestar era el de apaciguar conatos de revolución que pudieran alterar las bases y pervivencia de la forma de Estado liberal, ya en declive.

Posteriormente, en el marco de la positivación del Estado Social, nos encontramos con constituciones que, como la italiana de 1947, introducen elementos fuertes del trabajo vinculados a esa concepción del Estado Social como forma de Estado que pretende corregir las asimetrías del orden de reproducción del capital interiorizando el conflicto en el propio orden constitucional y articulando una serie de garantías. Sin embargo, el declive de la forma de Estado social que comienza en los años 70, permite también vislumbrar textos fundamentales que, gestados durante la crisis de esta forma de Estado, comienzan a interiorizar en sus dispositivos diseños jurídicos que desvirtúan el derecho de huelga y su función dinámica o conflictual, desplazándola al marco de las relaciones laborales, al tiempo que le dotan de unos mecanismos insuficientes para la actuación del derecho en todas sus dinámicas y potencialidades. El paradigma de este modelo de constitucionalismo social gestado durante su propia crisis, sería la Constitución española de 1978.

Una configuración desnaturalizada del derecho de huelga que se afianza y consolida dentro de la actual forma de Estado-mercado que se confronta abruptamente con la del Estado Social, ya que se va a materializar en una reconfiguración del trabajo como factor de producción y en una paulatina fragmentación de los intereses de clase. De esta manera, la huelga pierde esa connotación de conquista/resistencia, de reivindicación del trabajo como sujeto político, para desdibujarse en un contexto de relaciones laborales fragmentarias, caracterizadas por las contrataciones inestables y una nueva clase cada vez más creciente: el precariado.

Estas observaciones serán analizadas de forma más pormenorizada a lo largo de las páginas que componen esta investigación, en particular, el objetivo es reflexionar sobre todas estas variables experimentadas por el trabajo desde la perspectiva metodológica de las formas de Estado y, sobretodo, de la ruptura/transformación de las bases materiales que acompañan a la forma de Estado Social y que son determinantes para la caracterización de la huelga en las dinámicas del conflicto encarnado por la propia forma de Estado Social.

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE HUELGA EN LA FORMA DE ESTADO SOCIAL

I. CARACTERIZACIÓN DE LA HUELGA COMO DERECHO DEL CONFLICTO

La huelga, desde la perspectiva de su configuración como derecho de conflicto, refleja en su materialización las bases materiales del Estado social. En particular, la interiorización constitucional del conflicto capital-trabajo que conllevará el reconocimiento de la dimensión política de los sujetos en conflicto. Y, a los efectos que aquí interesan, al Trabajo como sujeto político. Previamente a la caracterización jurídico-constitucional del derecho de huelga, de acuerdo con la metodología descrita en la introducción, es esencial analizar la forma de Estado en la que se positiviza este derecho de conflicto. Concretamente, la forma de Estado social. Si, como hemos observado, es bajo esta forma de Estado donde se sustancia el contenido de la huelga, una aproximación a sus bases materiales que se reproducen en la huelga como derecho de conflicto, es una cuestión ineludible.

En primer lugar, cabe realizar una distinción entre “Estado Social” y “Estado del bienestar”, también denominado “Sociedad del bienestar”, dos términos que, a menudo, son empleados con un alcance muy similar. Por una parte, el concepto de “Estado Social” hace referencia a un modelo constitucional caracterizado por una serie de particularidades consistentes en que, tanto la vertiente social como colectiva del Estado, se encuentran reguladas por normas y principios que, a su vez, configuran la propia Constitución. Se trata de una forma de Estado en la que la propia Constitución se encarga de interiorizar la sustancia del pacto entre los sujetos en conflicto, a través de la constitucionalización política de sus intereses y del establecimiento de límites tanto al orden de reproducción del capital como al propio sujeto Trabajo. De esta manera, el Estado debe hacer posible la intervención de los poderes públicos en la economía a través de la dotación de los instrumentos necesarios para tal fin, de modo que estos sean capaces de equilibrar las desigualdades y promocionar los bienes públicos. El “Estado del bienestar”, por otra parte, alude a la presencia de políticas públicas cuyo objetivo es la satisfacción de

necesidades sociales, no existiendo correlación entre dichas políticas públicas y el propio ordenamiento constitucional¹.

Una vez diferenciados ambos conceptos, resulta posible abordar el Estado Social haciendo especial referencia a la interpretación conflictualista del mismo, debido a su mayor capacidad explicativa, relativizando, de esta manera, otras explicaciones relacionadas con el surgimiento de esta forma de Estado, más vinculadas a la evolución y transformación del capitalismo liberal².

Desde esta perspectiva, el acercamiento y caracterización del Estado Social se encuentran fuertemente relacionados con el conflicto, pues la característica determinante de esta forma de Estado es, precisamente, que reconoce abiertamente la existencia del conflicto social, el cual debe ser afrontado y resuelto a través de los instrumentos otorgados por el Derecho y el respeto a las decisiones democráticas³.

Por lo tanto, el constitucionalismo social encuentra sus bases en el pacto capital-trabajo, reconociendo que el conflicto es consustancial a esta forma de Estado, dentro de los límites establecidos por el citado pacto. Así, la Constitución del Estado Social es la que valida la expresión del conflicto a través del reconocimiento del estatus de los actores del mismo (sindicatos, asociaciones, partidos políticos, etc.) y de los instrumentos de los que estos se valen (derechos individuales, políticos y sociales y garantías institucionales), tarea en la cual ésta se convierte en una norma de garantía. Esto lo hace, en primer lugar, proclamando su propia normatividad suprema, asegurando esta jerarquía a través de la justicia constitucional, siendo su forma desarrollada la de Tribunal Constitucional⁴.

¹ Noguera Fernández, A, y Guamán Hernández, A. (2014). *Lecciones sobre estado social y derechos sociales* (Ser. Manuales). Tirant lo Blanch, p.20.

² Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado. En: M. A. García Herrera, J. Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón (eds.). *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Vol I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p.58.

³ Noguera Fernández, A, y Guamán Hernández, A. (2014). *Lecciones ...*, op.cit., p.20.

⁴ *Ibidem*, pp.32-33.

Entonces, la caracterización del Estado Social se lleva a cabo partiendo de las formulaciones de Mortati y de Gianinni en relación al Estado pluriclase y a la integración del trabajo como elementos caracterizadores del Estado Social, siendo en esta forma de Estado donde se encuadra el compromiso que lo instituye. La integración del trabajo se articula, a su vez, en una doble dimensión: política y económica. Ambas esferas establecen una nueva relación entre sí, según la cual se exigen de forma recíproca⁵.

En este sentido, cabe contraponer esta integración del trabajo con la exclusión característica del Estado liberal, que también se articulaba en una doble dimensión política y económica. En lo que respecta a la exclusión política, ésta impedía el acceso de la clase obrera al sistema político mediante sistemas tales como las restricciones al derecho de sufragio y a la asociación política. La dimensión de la exclusión económica consistía, a su vez, en la mercantilización del conflicto social, de manera que era el propio funcionamiento del mercado el que condicionaba el conflicto distributivo⁶.

El sistema liberal encontraba su legitimación teórica en los enunciados propios de la economía clásica y en un presunto origen natural del mercado, así como en las reglas de funcionamiento del mismo, que vendrían a determinar el resultado del intercambio. Este intercambio se caracterizaba por una profunda asimetría entre sus partes, la cual se encontraba legitimada por el Estado a través de «la mano invisible», entendida como principio organizativo del mercado⁷. De esta manera, el mercado de trabajo no era más que una parte del propio mercado⁸.

Por ello, en lo que respecta a la exclusión del trabajo característica del Estado Liberal, cabe concluir que el mecanismo de reproducción social integrado por la

⁵ Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado..., op.cit., pp.59-60.

⁶ Maestro Buelga, G. (2017). El Estado Social 40 años después: la desconstitucionalización del programa constitucional. *Revista de Derecho Político*, 1(100), 775. doi:<https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20717>

⁷ Bonefeld, W. Citado por Maestro Buelga, G. (2017). El Estado Social 40 años después....., op.cit., p.775.

⁸ Smith, A. Citado por Maestro Buelga, G. (2017). El Estado Social 40 años después..., op.cit., p. 775.

constitución liberal se encontraba configurado por la mercantilización del conflicto distributivo, dentro de un marco de separación entre política y economía⁹.

Cabe destacar que, como ya se ha mencionado, no existe unanimidad en lo que respecta a la tesis de la integración del trabajo como elemento fundamental de la caracterización del Estado Social, pues no son pocos los autores que entienden esta forma de Estado como una evolución casi natural del Estado liberal y no como una ruptura del mismo, e incluso como un mero principio rector.

Ejemplo de ello es Gómez Ferrer Morant, que interpreta que, el diseño del Estado Social (y democrático de derecho) consagrado por la Constitución española de 1978, es el resultado de siglos de evolución a raíz de la Revolución francesa. Es decir, se trataría de una forma de Estado que nace como consecuencia del cúmulo de conquistas en el terreno de los derechos de los ciudadanos, siendo tanto los derechos de libertad como los económico-sociales la concreción de valores tales como la libertad y la igualdad¹⁰.

Matia Portilla, por su parte, habla del Estado Social como un principio rector vinculante¹¹, como un mandato constitucional dirigido al legislador, de manera que este se interese por los asuntos de carácter social. El Estado Social sería, bajo esta perspectiva, una norma abierta, un mero programa que vendría a definir los fines del Estado obligando al legislador a actuar asegurando un mínimo existencial para la ciudadanía, es decir, en términos de configuración social. Cabe mencionar que este autor hace una sutil mención a la función reguladora del Estado respecto a lo que podría entenderse como el ya mencionado conflicto social, pues habla de la regulación de “fines antagónicos en la sociedad”, de forma que el Estado conjugue los distintos intereses a través del Derecho¹².

⁹ García Herrera, M.A. (2015). Estado social y estado económico. *Jueces para la democracia* (84), pp. 51-66.

¹⁰ Gómez Ferrer Morant, R. (2016). La Unión Europea y el Estado Social. *Revista de administración pública*, 200, 63-81.p.65.

¹¹ Benda, E. Citado por: Matia Portilla, F.J. (2000). La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho. *Revista española de Derecho Constitucional* 20 (60) p. 344.

¹² Matia Portilla, F.J. La caracterización, op.cit., p.345

Realmente, se trata de una declaración tan general que, difícilmente es una referencia al conflicto entre capital y trabajo, y, en caso de incluirse dentro de la generalidad de “fines antagónicos de la sociedad”, resulta evidente que no le da la misma preponderancia que otros autores como Maestro Buelga, cuyas nociones son la base para el presente análisis del Estado Social.

Paralelamente, una vez mencionadas otras tesis en relación al Estado Social y su caracterización, ya es posible comenzar con el análisis de la integración del Trabajo como característica fundamental de esta forma de Estado. Resulta necesario comenzar con la integración económica, dejando a la integración política, que es donde se encuadra el derecho de huelga, para el final, pues de esa manera resultará más fluida la asociación entre la caracterización del estado Social y la del propio derecho dentro de este contexto.

1.1. La dimensión económica en la forma de Estado social

Puede observarse cómo, en la integración económica del trabajo en el Estado Social, también se diferencian dos dimensiones: por un lado, la integración a través mercado, y, por otro lado, la integración a través del Estado. La primera se encuentra identificada con los instrumentos de intervención en la economía y la tutela del trabajo fruto de la intervención dentro del mercado de trabajo, mientras que la segunda hace referencia a los derechos sociales¹³.

La integración económica del trabajo a través del mercado es considerada el espacio de integración fundamental, pues independientemente de la especial atención constitucional recibida por los derechos sociales propios de la integración a través del Estado, es precisamente la mejora de las condiciones salariales de los trabajadores el elemento fundamental de esta integración, siendo ésta fruto de la conversión del mercado

¹³ Maestro Buelga, G. El Estado Social 40 años ..., op.cit., p. 776.

en un espacio distribuidor, lo que solo es posible gracias a la intervención pública del mismo¹⁴.

Antes de abordar el análisis de la intervención del mercado resulta necesario mencionar el salario en relación a la construcción de la demanda económica, así como el concepto de servicio público. En el Estado Social se da una evolución del salario desde la consideración ricardiana preeminente en la economía clásica, en la que existía una contradicción entre salario y beneficio del capital, a su integración en el círculo virtuoso del keynesianismo, de manera que pasa a ser considerado un factor de crecimiento, siendo parte de la demanda agregada. De suerte que la ya mencionada contradicción entre salario y beneficio económico se ve atenuada, resultando componible, a pesar de que sea el conflicto el elemento preeminente en dicha composición¹⁵.

La noción de servicio público, por su parte, pasa a adquirir una nueva dimensión redistributiva. A su vez, se encuentra vinculado con el sector público, lo que le da un alcance más general y lo convierte en una herramienta más de control e intervención del mercado. Esto es, lo que hace la noción de servicio público es introducir una nueva lógica en el mercado en relación a determinadas mercancías y servicios, de modo que ya no es el beneficio del capital el único principio que lo rige¹⁶.

En relación a la intervención económica, ocupa un lugar central la constitución económica, que es la que establece la preeminencia del sector político en lo que a la dirección del mercado respecta, condicionándolo a la satisfacción una serie de intereses generales¹⁷. De manera que, independientemente de la centralidad del mismo, el mercado conformado en el Estado Social es un mercado condicionado, lo cual supone un impacto indudable en su autonomía. Esto es así debido a la legitimación de la intervención económica, así como a la relativización de los derechos económicos del capital, de forma

¹⁴ Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado..., op.cit., p. 62.

¹⁵ Ibidem, p. 62.

¹⁶ Ibidem, p. 62.

¹⁷ Maestro Buelga, G. El Estado Social 40 años después..., op.cit, p. 777.

tal que resulta indudable que es la limitación de los derechos económicos lo que manifiesta el vínculo social al mercado¹⁸.

La intervención económica por parte del Estado consiste en el establecimiento de las bases para la configuración del mercado como un espacio de distribución, estando dicha intervención vinculada a la actividad que el Estado realiza en relación al reequilibrio de poder entre los sujetos de conflicto. Esto lo hace tanto a través de la promoción del trabajo en su dimensión política, subjetivándolo, como de la intervención en el propio mercado de trabajo. Es esta última dinámica interventora la que permite el crecimiento de los salarios y el reparto de la riqueza cuyo origen se encuentra en la intervención económica.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la integración económica del trabajo a través del Estado hace referencia a los derechos sociales prestacionales, es decir, a “una acción distributiva directa como garantía de unos niveles de vida en las situaciones de expulsión del mercado de trabajo”¹⁹. Se trata, por tanto, de una forma de integración económica de carácter complementario a la que se lleva a cabo a través el mercado.

El Estado Social se responsabiliza de la procura existencial²⁰, lo cual supone la responsabilidad “de llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo”²¹. Dicha procura existencial iría destinada, tanto directa como indirectamente, a la ciudadanía, manifestándose a través de medidas y prestaciones sociales, abandonando, de esta manera, la actitud pasiva que caracterizaba al liberalismo²².

¹⁸ Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado, op.cit., p. 63.

¹⁹ Maestro Buelga, G. El Estado Social..., op.cit., p. 777.

²⁰ Forsthoff, E. Citado por: Agudo Zamora, M. (2016). Reforma constitucional y nuevo paradigma del Estado social. De la ordenación contingente a la organización consciente del bienestar. *Colección Actualidad (Centro de Estudios Andaluces)*, 74, pp. 8-9.

²¹ García Pelayo, M. Citado por: Agudo Zamora, M. (2016). Reforma constitucional y..., op.cit., pp. 8-9.

²² Agudo Zamora, M. (2016), Reforma constitucional y..., op.cit., pp.8-9.

1.2. *La integración política en la forma de Estado social*

Una vez examinada la integración económica, resulta necesario comenzar con el análisis de la dimensión política de la integración del trabajo en el Estado Social. En este sentido, y con base en la construcción gianinniana, cabe mencionar la contradicción entre liberalismo y democracia, siendo la resolución de la misma la construcción del Estado pluriclase, del Estado Social. Se puede decir, por lo tanto, que el Estado Social es expresión del Estado democrático, existiendo una inescindible correlación entre ambos, siendo el primero el elemento determinante de la misma²³.

Como contraposición a esta afirmación, cabe destacar las palabras de Rubio Llorente en relación al artículo 1.1 de la Constitución española de 1978: “Es posible un Estado de derecho —con muchas salvedades— sin un Estado democrático. No es posible un Estado democrático, sin un Estado de derecho. Es posible un Estado democrático de derecho sin un Estado social y es posible un Estado social que no sea ni democrático ni de derecho”²⁴. Este autor, a diferencia de Maestro Buelga, no entiende que el Estado Social y el Estado democrático posean una vinculación inescindible. Ante esto, Fernández-Miranda Campoamor matiza que, a su entender, se trataría de una declaración cierta si, en lugar de como concepto jurídico, se habla del Estado Social como concepto politológico y socioeconómico, es decir, como sinónimo del Estado del bienestar. Pero, en caso contrario, observa que, constitucionalmente, el Estado Social no sería tal sino es también Estado democrático²⁵.

La concepción de la democracia comprendida por el Estado Social se distancia del proceso democratizador propio de la crisis del Estado liberal teorizada en el periodo de entreguerras²⁶, al encontrarse fuertemente vinculada al conflicto social, entendido como

²³ De Cabo Martín, C. Citado por Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado, op.cit., p.60.

²⁴ Rubio Llorente, F. Citado por: Fernández Miranda-Campoamor, A. (2003). El Estado social. *Revista española de derecho constitucional*, 69, p. 14.

²⁵ Fernández Miranda-Campoamor, A. (2003). El Estado social, op.cit., p. 142.

²⁶ Kelsen, H. Citado por Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global..., op.cit., p.62.

conflicto distributivo, que es el espacio sobre el que se constituye el propio pluralismo político, y cuyos límites atenúan el reconocimiento de los sujetos antagónicos expresados por ese pluralismo, pues estos integran el núcleo del conflicto²⁷.

El conflicto social sobre el que descansa el concepto de democracia debe ser reconocido y constitucionalizado, siendo preceptivo, en lo que respecta a dicha constitucionalización, el establecimiento de los mecanismos de su expresión, los cuales deben posibilitar su confección dentro de los límites definitorios del modelo. Dichos mecanismos se articulan, a su vez, en una doble dimensión política y social que, aunque actúan con cierta separación²⁸, expresan la misma dialéctica conflictual que es la redistribución. La dimensión política se erige sobre tres elementos: la constitucionalización de los partidos políticos, siendo estos los que materializan la subjetivación política del trabajo, los llamados derechos de conflicto político, con especial referencia a los derechos de reunión y de manifestación, y la extensión del derecho de sufragio.

En lo que respecta a la dimensión social de la integración política, la subjetivación del trabajo se expresa a través de la figura del sindicato, así como de la constitucionalización de los derechos de conflicto social, entre los que se encuentra el derecho de huelga, y que son aquellos que limitan los derechos económicos del capital, de manera que se hace evidente la necesidad de corregir el desequilibrio existente entre los sujetos de conflicto para la integración y subjetivación del trabajo.

En relación a la integración política del trabajo, cabe concluir destacando el fuerte contenido material de la concepción de democracia definida en el Estado Social, que es la que permite el acercamiento a la nueva política definida en dicha forma de Estado, siendo ésta un espacio ampliado a raíz de la integración entre la esfera política y la esfera social²⁹.

²⁷ Maestro Buelga, G. Del Estado social..., op.cit., pp. 60-61.

²⁸ Barcellona, A y Cantaro, A. Citado por: Maestro Buelga, G. Del Estado social...op.cit., p.61

²⁹ Maestro Buelga, G. Del Estado social..., op.cit., .p.61.

La caracterización jurídico-constitucional del derecho de huelga como derecho de conflicto en el contexto del Estado Social será realizado a través de la regulación llevada a cabo por la Constitución italiana de 1947. Esto es así porque, en palabras de Maestro Buelga, “es en Italia donde el debate en torno al trabajo y las funciones llamadas a realizar en el seno del Estado Social se plantea con mayor claridad”³⁰.

En la construcción del Estado Social, las constituciones reconocen la centralidad del trabajo y del conflicto social como derechos fundamentales y las facultades de la autonomía colectiva en toda la estructura constitucional, siendo estas la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. Es debido a su función de representante de intereses colectivos, cuyo elemento central es el propio trabajo, que el sujeto colectivo adquiere tanta preeminencia en el desarrollo del Estado Social. Por otra parte, el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva en el derecho de huelga presenta la lucha como un medio de presión dirigido a la obtención del reconocimiento de una serie de derechos de carácter social enmarcados dentro de la relación laboral, así como de la nivelación de la situación de desequilibrio existente entre los sujetos de conflicto³¹. Por lo tanto, el significado extrajurídico que tenían estos derechos como fenómenos sociales pasa a incorporarse a las cartas constitucionales, estando respaldadas con la protección reconocida a los derechos fundamentales³².

Según las consideraciones de Mortati, el derecho de huelga, junto con el de libertad sindical y el de negociación colectiva, se encuentra comprendido en uno de los dos grupos de garantías que componen el sistema constitucional italiano del trabajo, más concretamente, en el dedicado a la autotuelga. El otro grupo de garantías, por su parte, hace

³⁰ Maestro Buelga, G. (2001). *La constitución del trabajo en el estado social*, Comares, Granada, p.31.

³¹ Birgillito, M. (2019). *La huelga en los servicios esenciales desde una perspectiva comparada: Italia y España*. Bomarzo, Albacete, pp.38-39.

³² Sánchez Martínez, M.O. Citado por: Birgillito, M. (2019). *La huelga en los servicios esenciales...*, op.cit., p.39.

referencia a aquellas dedicadas a la actuación del propio derecho en el trabajo, pues están dirigidas a la lograr la consecución del pleno empleo³³.

La libertad sindical y la negociación colectiva son dos derechos que se encuentran inherentemente unidos, pues el sindicato realiza fines del Estado que, en razón del modelo económico que plasma la Constitución, este no puede llevar a cabo por sí mismo, siendo la negociación colectiva la vía para el cumplimiento de dichos fines. Es decir, la negociación colectiva es la forma en la que los sindicatos llevan a cabo sus fines públicos. Por su parte, la huelga, aun estando también vinculada a los otros dos derechos, es susceptible de un análisis autónomo³⁴, pues se trata de la herramienta fundamental de acción colectiva a la que la doctrina constitucional progresista, incorporando elementos propios de la cultura sindical, otorgó un importante significado político para la construcción de las modernas sociedades democráticas³⁵.

De manera que, Mortati, considera el derecho de huelga como expresión de la autotutela de clase, dentro del conjunto de garantías fundamentales, dada su vinculación con la negociación colectiva. Se trata de un medio necesario para la consecución de las ya mencionadas funciones sindicales vinculadas con los fines públicos. De tal forma que, la huelga configurada por el sistema constitucional italiano, es una suerte de auxilio a las funciones públicas sindicales, residiendo ahí su especial relevancia constitucional. En opinión de este autor, si el Estado es incapaz de solucionar el conflicto de clases que corresponde con los fines consagrados en el artículo 3.2 de la Constitución (“Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”), debe permitir la huelga como forma de solución al citado conflicto³⁶.

³³ Maestro Buelga, G. *La constitución del trabajo en el estado social*, op.cit., p. 59.

³⁴ Mortati, C. Citado por: Maestro Buelga, G. (2001). *La constitución del trabajo en el estado social*, op.cit., p.60.

³⁵ Birgillito, M. *La huelga en los servicios esenciales...*, op.cit, p.39.

³⁶ Mortati, C. Citado por: Maestro Buelga, G. (2001). *La constitución del trabajo...*, op.cit., p.63.

La huelga no es, por tanto, un mero derecho de libertad, pues en tal caso simplemente podría no ser considerada como un ilícito penal, pero no existiría protección alguna frente a la capacidad de reacción empresarial. Es por ello que, su ubicación en el artículo 40 de la Constitución italiana, evita que el empresario pueda tomar medidas de carácter sancionador como respuesta al ejercicio de la huelga, impidiendo, incluso, conductas empresariales que tengan como objetivo la limitación o anulación de los efectos del ejercicio del derecho constitucional en la propia empresa.

Sin embargo, para Mortati, la consideración de la huelga y su función operan especialmente dentro del ámbito privado, siendo mucho más precarias en el caso de confrontación con los poderes públicos, es decir, de los funcionarios públicos, pudiendo incluso extrapolarse a la huelga política. Es por ello que este autor niega el derecho de huelga a los empleados públicos, pues el ya mencionado interés público que la huelga está llamado a auxiliar, reforzando el poder sindical, no puede invocarse en relación al poder público. Por lo tanto, la determinación de actuación exclusiva de los fines estatales queda en manos de las fuerzas políticas de cada momento³⁷.

Ante esto, Maestro Buelga observa que Mortati olvida que: “la subjetividad política expresada en el proceso de integración producida en el Estado Social, opera también en confrontación con el poder público, pues es precisamente con este cuando se materializa su participación en la dirección política del Estado”³⁸.

Como ya se ha mencionado, el derecho de huelga se encuentra recogido en el artículo 40 de la Constitución italiana de 1947: “El derecho de huelga se ejercitará en el ámbito de las leyes que lo regulen”. Una redacción que coincide con la del preámbulo de la Constitución francesa de 1946: “El derecho de huelga se ejerce en el marco de las leyes que lo reglamentan”, lo que no ha impedido una evolución en cierta medida diferente de los dos regímenes jurídicos del derecho. De manera que, del citado artículo se concluye

³⁷ *Ibidem*, p.64

³⁸ *Ibidem*, p.64.

con que, el derecho de huelga quedaba pendiente de regulación por disposiciones de rango inferior, existiendo el problema de que los preceptos de este tipo que regulaban el derecho eran anteriores al régimen de Mussolini³⁹.

La abstención legislativa en el desarrollo de la reserva constitucional en el tema del derecho de huelga se inserta dentro del marco constitucional y es cómplice de la conservación del marco preexistente. Es por ello que, temerosos de una regulación restrictiva, puesto que el derecho implica inevitablemente la imposición de límites, y una clausura de los espacios de intervención de la autonomía colectiva, las mismas centrales sindicales italianas manifestaron su oposición a una regulación de la huelga por vía legal. Es por eso que, en Italia, la reserva de ley se queda por largo tiempo sin acción, ya que ello favorece una intervención judicial con función supletoria⁴⁰.

Prueba de esa oposición a la regulación legal de la huelga es la tardía publicación de la ley 146/1990, la cual establecía la derogación de esas disposiciones anteriores al régimen de Mussolini, con una cierta regulación de la huelga exclusivamente en lo que a los servicios públicos esenciales respecta⁴¹, derogando definitivamente los artículos 330 y 333 del Código Penal, los cuales configuraban como delitos contra la administración pública el abandono, tanto colectivo como individual del puesto de trabajo, de los funcionarios y de los empleados encargados de la erogación de los servicios públicos. Se trata de dos preceptos sobre cuya legitimidad el tribunal constitucional italiano se ha pronunciado en diversas ocasiones⁴².

Es preciso señalar que esta ausencia de regulación inicial en el sector privado no ha supuesto laguna alguna en el ordenamiento de las relaciones laborales, ejerciéndose el derecho de huelga con gran amplitud y escasas limitaciones. Esto es así debido a que,

³⁹ Porret Gelabert. M. (2009). La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en países desarrollados. *Revista técnico laboral*, 122, p.6.

⁴⁰ Birgillito, M. *La huelga en los servicios esenciales ...*, op.cit., pp.41-42.

⁴¹ Porret Gelabert. M. *La huelga, el asociacionismo sindical*, op.cit., p.6.

⁴² Birgillito, M., op.cit., p. 43.

tanto jueces como juristas, han recurrido sistemáticamente a los principios generales del derecho, según los cuales, la huelga es un derecho inherente a la persona del asalariado⁴³.

Por otro lado, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional italiano se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la legitimidad constitucional de los artículos 330 y 333 del Código Penal, así como del instituto de la *precettazione* (en el derecho español la institución jurídica que más se aproxima, sin llegar a existir una correspondencia exacta, podría ser la requisa) y de otros delitos contra la economía pública. En relación al artículo 333 del código penal, en la sentencia 46/1958, interpreta como legítimo el abandono individual del servicio que tuviera como objeto la participación en una huelga legítima. Sin embargo, su posición respecto al artículo 330 del Código Penal es mucho más compleja, y se va articulando en torno a tres sentencias distintas (123/1962, 31/1969 y 222/1976), las cuales establecen una reproposición de los argumentos liberales con el objetivo de impedir el pleno reconocimiento del conflicto a los funcionarios públicos y a los trabajadores encargados de los servicios públicos⁴⁴.

Paralelamente, resulta conveniente realizar un muy breve análisis sobre la regulación del derecho de asociación y libertad sindical en la República italiana. La Constitución italiana reconoce el derecho de los ciudadanos a asociarse de manera libre y el derecho de los empresarios y trabajadores a afiliarse a asociaciones o sindicatos. Respecto a estos últimos, cabe destacar el artículo 39 de la propia Constitución: “No se podrá imponer a los sindicatos otra obligación que la de registrarse ante departamentos locales o centrales, según lo que la ley disponga. Sera condición para el registro que los estatutos de los sindicatos sancionen un régimen interior fundado en los principios democráticos. Los sindicatos registrados tendrán personalidad jurídica y podrán, representados unitariamente en proporción a los respectivos afiliados inscritos, concertar convenios colectivos de trabajo con efectos obligatorio para todos los pertenecientes a las categorías a que se refiera el convenio”⁴⁵. De manera que, en principio, solo los sindicatos debidamente registrados pueden obtener la consideración de legales y la capacidad para

⁴³ Porret Gelabert. M. La huelga, ..., op.cit., pp.6-7.

⁴⁴ Birgillito, M., op.cit., pp. 43-45.

⁴⁵ Constitución italiana de 1946. Artículo 39.

negociar convenios colectivos con eficacia *erga omnes*. El problema es que no se ha establecido ningún tipo de registro oficial en el que los sindicatos puedan registrarse, de modo que todos ellos tendrán la consideración de legales siempre y cuando no vulneren los principios constitucionales⁴⁶.

El Estatuto de los Derechos de los Trabajadores (ley 300 de 20/5/1970) por su parte, también reconoce el derecho de asociación y la libertad de actividad sindical en el puesto de trabajo en su artículo 14, derechos garantizados también a los funcionarios, exceptuando al personal militar, cuya representación no pertenece a sindicatos. La Policía del Estado, que no está sometida al régimen militar, también tiene garantizados los derechos de libertad de afiliación y actividad sindical por la ley 121 de 1/4/1981, la cual, por otro lado, no reconoce el derecho de huelga ni ciertas actividades sindicales que pudieran poner en riesgo la seguridad pública⁴⁷.

El Estatuto de los Trabajadores establece, además, la prohibición para del empresario de limitar u obstaculizar el ejercicio del derecho de huelga o de la libertad de asociación y de actividades sindicales, pues, en caso contrario, los órganos locales de los sindicatos nacionales correspondientes pueden exigir judicialmente el cese de dicha conducta ilegal, así como la reparación de las ofensas que se hayan podido derivar. Según la jurisprudencia italiana, ejemplos de esta actividad ilícita es el despido y sustitución de los trabajadores en huelga, la negociación directa con los trabajadores obviando a los sindicatos, las represalias contra trabajadores que participan en una huelga legal, la infracción de los derechos sindicales legalmente establecidos y la omisión de informar debidamente a los sindicatos sobre cuestiones reguladas en el convenio colectivo, entre otros⁴⁸.

El derecho de huelga es un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio forzosamente colectivo, de lo cual se derivan una serie de consecuencias. Una de ellas es que el ejercicio del derecho no exige ningún tipo de mediación ni consigna por parte de

⁴⁶ Porret Gelabert. M. La huelga, ..., op.cit., p.7.

⁴⁷ Porret Gelabert. M. La huelga, ..., op.cit., p.7.

⁴⁸ *Ibidem*, p.7.

los sindicatos. Sin embargo, en el caso de los servicios públicos es preceptivo un plazo de preaviso de diez días, siendo ilegal la huelga que no lo respete. En cualquier caso, el preaviso no es una prerrogativa sindical, aunque en la mayoría de los casos la iniciativa de cesación del trabajo venga de parte de los mismos, a pesar de que no existe disposición legal alguna que les haga titulares de dicha iniciativa⁴⁹.

Otra consecuencia es que el derecho italiano no reconoce la huelga “salvaje” u “oficiosa”, pues esta puede ser tanto una acción espontánea acordada por los propios asalariados, como una acción organizada por los sindicatos, incluyendo a los servicios públicos⁵⁰.

La última consecuencia es que, al tratarse de un derecho de titularidad individual de los asalariados, los sindicatos no tienen ningún tipo de poder para disponer del mismo. De manera que, a pesar de que los acuerdos colectivos que prevén procedimientos previos a la declaración de huelga sean válidos, éstos solo vinculan a las organizaciones sindicales y patronales que los hayan firmado. Por lo tanto, se entiende que una huelga originada por los asalariados en violación de estos procedimientos es igualmente válida⁵¹.

Estos procedimientos previos a la declaración de la huelga son el procedimiento de enfriamiento y el de conciliación, cuya inclusión en los acuerdos colectivos viene impuesta a las partes por la ley. El procedimiento de enfriamiento hace referencia a la obligación de las partes en conflicto de respetar un periodo de paz sindical, así como de poner en marcha los procedimientos previstos en los acuerdos colectivos para controlar la conflictividad. El procedimiento de conciliación, por su parte, es la composición de un conflicto colectivo ya en curso por medio de un tercero ajeno al mismo⁵².

⁴⁹ Ballester, M.V. (2005). Informe italiano. En: Marzal, A. La huelga hoy en el derecho social comparado. Esade, Facultad de Derecho. Disponible en: <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/ereader/ehu/52240> (Último acceso 12.05.2021), p.176.

⁵⁰ Ibidem, p. 176.

⁵¹ Ibidem, p. 176.

⁵² Birgillito, M., op.cit., p. 87.

Tanto el derecho de huelga como su ejercicio tienen establecidos una serie de límites, tanto internos como externos. En lo que respecta a los límites internos o consustanciales, cabe destacar la sentencia 290 de 1974 del Tribunal Constitucional italiano, en la cual se establece que el delito de huelga política previsto en el artículo 503 del Código penal de 1930 es incompatible con el artículo 40 de la Constitución, exceptuando el caso de que la huelga suponga un ataque a las instituciones democráticas⁵³.

En este sentido, el Tribunal Constitucional distingue entre reivindicaciones económico-profesionales y reivindicaciones políticas. Las primeras caen en la protección del artículo 40 de la Constitución, mientras que las segundas no, a pesar de suponer un ejercicio lícito de la libertad de pensamiento. El problema surge porque la categoría jurídica de reivindicaciones económico-profesionales es lo suficientemente amplia como para incluir en ella a la mayoría de huelgas realizadas en contra de las políticas económicas y sociales del gobierno. En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional manifiesta la imposibilidad que supone establecer una división clara entre la huelga económico-profesional y la huelga política en la mayor parte de los casos, pues las reivindicaciones realizadas por los trabajadores suelen ser de carácter económico-profesional y, a la vez, tener al gobierno como parte adversa⁵⁴.

Por otro lado, los límites externos hacen referencia a aquellos que suponen una limitación del ejercicio del derecho de huelga, pero que derivan del ejercicio de otros derechos. En este sentido, el derecho italiano ha evolucionado a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Concretamente, es a partir de la sentencia 711/1984 que, la denominada “huelga articulada” (es decir, la huelga rotatoria, la huelga a golpes, o aquella en la que la interrupción y reanudación del trabajo se produce en períodos cortos y consecutivos, y aquella que no incluya más que a una sola parte de la plantilla), pasa a considerarse lícita. Se reconoce que el perjuicio que se le causa a la empresa es la

⁵³ Ballesteros, M.V, op.cit., p. 177.

⁵⁴ *Ibidem*.

consecuencia normal de la huelga y responde a la finalidad lícita de la misma. Por lo tanto, la huelga pasa a tener la consideración de ilícita en el momento en que los trabajadores en huelga no tomen las medidas de precaución adecuadas para impedir que se cause perjuicio a la productividad de la propia empresa. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que el término “productividad” implica la posibilidad del empresario de ejercer su iniciativa económica, la cual se encuentra consagrada en el artículo 40 de la Constitución⁵⁵.

Por lo tanto, es así como el Tribunal Supremo logra equilibrar ambos derechos, el derecho de huelga y el derecho de libertad de empresa. El problema surge en la década de los 70, pues se presenta la dificultad de trazar una línea divisoria entre la producción y la productividad de la empresa, porque, en lo que respecta a la primera, el perjuicio ocasionado por la huelga es una consecuencia legítima de la misma, mientras que a la segunda, la huelga no puede causarle perjuicio. La consecuencia de esta situación es la calificación, por parte del poder judicial, de huelga lícita de casi todas las formas de huelgas articuladas. El Tribunal Supremo tardaría algunos años en superar el instrumento para reducir los efectos lesivos de las huelgas articuladas⁵⁶.

Por otra parte, cabe mencionar la figura del *lockout* o cierre patronal en Italia, cuyo sistema legal no contiene ninguna norma específica que lo regule. De manera que, si se produce un paro empresarial por parte del empleador, la empresa estaría infringiendo el contrato de trabajo, lo que deriva en la obligación de pagar los salarios por parte de la misma. A pesar de ello, la jurisprudencia matiza esta afirmación al establecer que no existiría infracción alguna si el cierre patronal se produce como consecuencia de una huelga que impide la continuación de la producción debido a una baja asistencia de trabajadores no huelguistas. Por lo tanto, se concluye que el *lockout* o cierre patronal solo es considerado legal si cumple con los requisitos elaborados por la jurisprudencia⁵⁷.

⁵⁵ Ibidem, pp.177-178

⁵⁶ Ibidem, p.178

⁵⁷ Porret Gelabert. M. La huelga, ..., op.cit., p.9.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE HUELGA EN LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

I. GÉNESIS DE LA DECONSTRUCCIÓN DE LAS BASES MATERIALES DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

La crisis del Estado social hace referencia a un periodo comprendido entre la década de los 70 y la de los 80 del siglo pasado, donde se experimentan una serie de transformaciones que comprometen el Estado Social, pero que no llegan a consolidarse lo suficiente como para suponer la ruptura definitiva del mismo. De manera que se trata de un periodo en el que coexiste un discurso vinculado al Estado Social, pero que aboga por reformas capaces de subsanar las contradicciones propias del modelo, con uno que defiende la ruptura con la citada forma de Estado. En este sentido, cabe mencionar la tesis de Carlos de Cabo, según la cual, “el Estado Social siempre estuvo en crisis”⁵⁸. El equilibrio entre los sujetos del conflicto social siempre fue un equilibrio inestable. Esto es, la estabilización del poder de los sujetos se llevaba a cabo a través de la redistribución propia de la integración económica del trabajo, la cual era propiciada por la intervención del poder público en el ámbito económico y por una tutela normativa del trabajo que, a su vez, es producto del propio conflicto⁵⁹.

La estabilidad de la forma de Estado social se basaba en la parábola del crecimiento ininterrumpido, pero dicha parábola y el conflicto presentaban lógicas contradictorias. Es gracias al crecimiento económico de la postguerra y la asunción del keynesianismo como modelo que pudo existir un espacio para la redistribución y la composición del conflicto en el funcionamiento del mercado. Sin embargo, esta dinámica, enmarcada en un equilibrio relativo entre los sujetos de conflicto, revelaba la contradicción entre el beneficio económico y la integración del trabajo, de manera que esta integración era

⁵⁸ De Cabo Martín, C. Citado por: Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado, op.cit., p.72.

⁵⁹ Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado..., op.cit., p. 72.

incompatible con la estrategia de acumulación del capital. No sería hasta los años 70 que esta contradicción se mostraría con claridad⁶⁰.

La contradicción entre acumulación y redistribución se manifestaba en los momentos en los que, el programa de integración del trabajo, que hacía posible la dinámica conflictual, se intensificaba. Además, junto a la tensión provocada por esta contradicción, para entender la ruptura del modelo de Estado también hay que tener en cuenta otras alteraciones que deterioran las bases materiales de la construcción del conflicto. Estos cambios deben ser entendidos en relación a los límites del conflicto distributivo impuestos por la acumulación⁶¹.

Por otro lado, resulta relevante destacar las teorías de otros autores en lo que a la crisis del Estado Social respecta, las cuales difieren bastante de las de Maestro Buelga. Este es el caso de Agudo Zamora, el cual responsabiliza de la crisis de esta forma de Estado a una ciudadanía “exigente” y a un Estado incapaz de satisfacerla a través de los mecanismos propios del Estado Social. Esto es, considera que el origen de la situación radica en la incapacidad del Estado para hacer frente a unas demandas sociales en crecimiento constante tales como: “la reducción progresiva de la jornada laboral y las políticas activas de empleo y de igualdad de género; la desburocratización y descentralización de los servicios públicos universales, incluyendo la participación y el control por parte de la ciudadanía; y, también, el reconocimiento de una renta básica garantizada”⁶².

De manera que, ante esta crisis originada debido a la incapacidad del Estado de cumplir con los fines y objetivos del Estado Social, Agudo Zamora no habla de ruptura, sino de evolución a través de la superación de los ámbitos de actuación establecidos por las fronteras estatales, pues entiende que las mismas impiden la efectividad de las medidas de carácter regulatorio e intervencionista. Es por ello que considera que, el Estado Social

⁶⁰ Ibidem, p. 73.

⁶¹ Ibidem, p. 73

⁶² Agudo Zamora, M. Reforma Constitucional y nuevo paradigma del Estado Social..., op.cit., pp. 16-17.

evoluciona hacia un nuevo paradigma, el Estado Social internacional, siendo la Unión Europea el “campo de pruebas” necesario para llevarlo a cabo⁶³.

Matia Portilla, por su parte, tampoco habla de ruptura, sino de una reformulación de la forma de Estado Social a raíz de la crisis económica de la década de los 70 del siglo pasado, teniendo como base las críticas radicales y neoliberales, ya adelantadas por Forsthoff en 1956. Cabe destacar la mención que hace al Estado asistencial, que persiste por su contribución a la atenuación de los efectos sociales dañosos de las políticas de reconversión industrial y por su consideración de integrante de la conciencia moral de la época, constituyendo una “reivindicación suprapartidista de las democracias actuales”. Por último, establece como objetivo de este Estado Social reformulado la extensión de los beneficios del mismo a todos los países de la comunidad internacional, independientemente del grado de desarrollo económico alcanzado⁶⁴.

Volviendo a la tesis inicial, resulta necesario tener en cuenta la transformación del proceso productivo como uno de los elementos determinantes de la crisis del Estado Social durante la década de los 80. La relevancia de esta transformación se debe a la forma en la que afecta al reconocimiento del trabajo como sujeto político, y, por lo tanto, en la determinación del conflicto distributivo⁶⁵.

Desde un punto de vista productivo, el fordismo se caracterizaba, como forma de organización del trabajo, por la fragmentación de tareas, el recurso a maquinaria que solo sirve para fabricar un tipo único de pieza y la línea de montaje. La consecuencia de ello es que la mayor parte la mano de obra no requería de demasiada cualificación, siendo una característica fundamental del modelo la separación entre concepción y ejecución. Esto

⁶³ Ibidem, pp. 16-17.

⁶⁴ Matia Portilla, F.J. La caracterización constitucional del Estado Social de Derecho, op.cit., p.345.

⁶⁵ Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado, op.cit. pp.73 y 77.

es, el trabajador se convierte en una pieza fundamental de la maquinaria que es el sistema productivo⁶⁶.

De este modo, el fordismo constituía un modelo productivo que requería del uso de mano de obra semi-especializada, lo cual favorecía las concentraciones de obreros y su homogenización. Esto es, se trataba de un modelo que creaba unas condiciones laborales-ambientales que intensificaban la capacidad de contratación, lo que, a su vez, suponía un impulso a la dinámica reivindicativa y al incremento de los salarios. Este incremento salarial propiciaba un consumo de masas que, junto con la producción de masas y la productividad de las economías de escala, impulsaban un círculo virtuoso incapaz de soportar el conflicto distributivo integrado por el modelo⁶⁷.

Esto derivó en una lenta transición hacia nuevas formas de producción, de manera que se pudiesen superar las contradicciones básicas del modelo fordista. Ello provocó importantes cambios en el funcionamiento industrial que hasta entonces se configuraba en torno a la producción en masa y empleos con escasa cualificación. Es por ello que se comenzó hablar de un “nuevo modelo organizativo y de acumulación que permitía un sistema descentralizado con pequeños bloques productivos y una gran variedad de bienes, lo que implicó el despliegue de un nuevo paradigma tecnológico y la necesidad de una fuerza laboral más cualificada, así como un tipo de organización de trabajo menos jerárquico y más cooperativo”⁶⁸.

Nos estaríamos situando en el postfordismo, que reflejaría la construcción del discurso en el que se basaba la ruptura de la forma de Estado Social. Se trata de un fenómeno que, en ocasiones, ha sido interpretado como una exacerbación del propio fordismo, apreciándose cierta continuidad, a pesar de la existencia de rupturas con el modelo original. De acuerdo a esta interpretación, el postfordismo sería una

⁶⁶Bagguley, P. Citado por: González, M.C. (2006). Flexibilización de las relaciones laborales: Una perspectiva teórica postfordista. *Gaceta Laboral*, 12 (1), p.38.

⁶⁷ Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado, op.cit., p.74.

⁶⁸ Kuri Gaytan, A. (2009). Globalización, estado y nueva geografía productiva. *Paradigma económico*, 1, 54-71, p.60.

profundización del modelo fordista-taylorista mediante el cumplimiento de la noción de un flujo productivo continuo y total que incluya todas las fases de la producción de forma simultánea. Esta situación parte de la incapacidad del fordismo de satisfacer una demanda cada vez más variable e individualizada, pues se trata de un modelo productivo relacionado con mercados maduros y saturados⁶⁹.

Por otro lado, cabe mencionar el paradigma de la especialización flexible como interpretación del postfordismo. Esta teoría se opone al modelo fordista, caracterizada por la producción de masas en serie, articulándose en “la reorganización de la producción en unidades pequeñas y con capacidad de respuesta a las exigencias de los mercados cambiantes, la capacidad de cooperación entre estas, la construcción de un entramado de relación entre poder público y estos distritos industriales en el que el poder servía de apoyo directo a las unidades empresariales brindando soporte técnico y otras ayudas”⁷⁰.

La mayor flexibilidad y productividad vendría garantizada, en última instancia, por la introducción de las nuevas tecnologías, lo que derivaría en una mayor efectividad que la alcanzada por la utilización intensiva de mano de obra característica del fordismo. Sin embargo, la especialización flexible no constituía un nuevo modelo productivo, a pesar de afianzar alteraciones en el mercado. Es por ello que esta interpretación se vio, en gran parte, sustituida por el toyotismo, un modelo productivo que parecía dar solución a la crisis del fordismo y a la nueva configuración del mercado⁷¹.

Este nuevo modelo se caracteriza por congrega la introducción de la robótica y la organización del trabajo en pequeños equipos semiautónomos, lo que permite una mayor flexibilidad. Además, a través de dicho modelo también se consigue tanto una diversificación de los productos, lo que, a su vez pone, solución a la problemática de los

⁶⁹ Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado... op.cit., p.74.

⁷⁰ Ibidem, p.75.

⁷¹ Ibidem, p.75.

mercados cambiantes, como una mayor productividad y ahorro de costes, todo ello debido a la introducción del *just do it* como técnica de gestión⁷².

Ciertamente, con independencia de las particularidades propias de cada una de las interpretaciones postfordistas, resulta evidente que todas ellas incorporan como elemento fundamental la flexibilización del trabajo, pues se entiende que en ella está la respuesta a la crisis del modelo. Estas primeras interpretaciones del postfordismo, a pesar de introducir modificaciones en el trabajo cambiando su posición en el sistema, no suponían una ruptura de la forma de Estado. No obstante, la flexibilidad del trabajo que introducen sería la base sobre la que, más adelante, se formaría el discurso del Estado mercado y de la forma global de mercado⁷³.

“La flexibilidad laboral se asume como la mayor disposición posible del trabajador, en tiempo, lugar e intensidad del esfuerzo acometido, para llevar a cabo un conjunto de tareas bajo un contrato por el cual se retribuye el producto del trabajo (bien o servicio) realizado, según unos requerimientos de calidad de éste”⁷⁴. De esta manera, la flexibilidad laboral se entiende como aquellas estrategias llevadas a cabo por las empresas para adaptarse al mercado, debiendo los trabajadores contar con mayor disposición a acomodarse a las nuevas condiciones de trabajo⁷⁵.

Cabe mencionar los efectos de la imposición del paradigma de la flexibilización del trabajo, siendo el primero de ellos el de la fragmentación del propio trabajo. Esto es así debido a las nuevas formas en las que pasa a organizarse la producción, pues destruyen la homogeneidad del trabajo distintiva del fordismo, que era lo que permitía considerar al trabajo como un sujeto capaz de expresar un interés general. Esto es, la progresiva especialización de los trabajadores introduce una distinción dentro del trabajo pasando a existir diferencias tanto salariales como de estatus en función de la cualificación, lo que,

⁷² Ibidem, p.75.

⁷³ Ibidem, pp. 75-76

⁷⁴ Urrea Goraldo, F. Citado por: González, M.C. Flexibilización de las relaciones laborales: Una perspectiva teórica postfordista, op.cit., .p.42.

⁷⁵ González, M.C. Flexibilización de las relaciones laborales..., op.cit., p. 43.

en definitiva, contribuye a la debilitación del trabajo. Es por ello que el trabajo comienza a revelar su incapacidad para condicionar el conflicto distributivo tal y como fue configurado en el Estado Social⁷⁶.

Un segundo efecto de la flexibilización del trabajo es el desempleo, que pasa a incorporarse como un elemento estructural del sistema, puesto que permite el fortalecimiento del poder empresarial y la implantación de medidas de disciplina. Esto se debe tanto al traslado de la productividad al trabajo, desde una perspectiva tecnológica, como al abandono de la perspectiva keynesiana del empleo como parte del círculo virtuoso. De nuevo, la consecuencia de este efecto de la flexibilización del trabajo es el debilitamiento del mismo⁷⁷.

Así mismo, resulta relevante mencionar la reforma del mercado de trabajo como último efecto de la ya mencionada flexibilización. Las primeras reformas en este sentido consistieron en la flexibilización en la entrada y salida del mercado de trabajo. De esta manera, el poder empresarial se ve reforzado, pues el beneficio económico se traslada a la mano de obra y se incrementa la presión sobre la misma, rompiéndose la anterior conexión entre salario y beneficio⁷⁸.

Finalmente, la consecuencia de la reforma en el mercado del trabajo es el abandono de la tutela del trabajo a nivel normativo distintiva del Estado Social, pues de ella dependía el equilibrio del conflicto distributivo y la subjetivización del trabajo a nivel social. De manera que, el trabajo como sujeto social se encamina a su disolución, siendo síntoma de ello la creciente tendencia a la individualización de las relaciones de trabajo⁷⁹.

⁷⁶ Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado..., op.cit., p. 76.

⁷⁷ Ibidem, p.76.

⁷⁸ Ibidem, pp. 76-77.

⁷⁹ Ibidem, p.77.

Por otro lado, además de las transformaciones dentro del proceso productivo, es necesario mencionar la financiarización de la economía y la globalización como elementos fundamentales en la crisis del Estado Social. Este escenario nace como consecuencia de la ruptura de los acuerdos de Bretton Woods y el propio sistema financiero surgido a raíz del fin de la Segunda Guerra Mundial, determinantes para la creación de la autonomía económica de los estados, pues permitían la intervención económica por parte del poder público. El proceso de globalización y el de financiarización están inherentemente unidos, produciendo efectos concurrentes, esto es, la globalización se inicia como globalización financiera, siendo esta fundamental en la formación del nuevo sistema económico⁸⁰.

En este sentido, cabe mencionar el efecto que el capitalismo financiero tiene sobre el conflicto distributivo, puesto que “la extensión de la lógica del capital financiero al conjunto del sistema económico, redefiniendo la valorización del capital y afectando al comportamiento de las empresas en la gestión económica, imponen cambios determinantes también en el campo del empleo y los salarios y producen un deterioro de la capacidad negociadora del trabajo”⁸¹.

Cabe concluir con que los efectos de los procesos analizados pasarán a consolidarse en la década de los 90, pero es durante los años 70 y 80 cuando comienzan a estar presentes y a constituir elementos claves para entender la transición de una forma de Estado a otra.

II. LA TENDENCIA DESNORMATIVIZADORA DE LA DIMENSIÓN CONFLICTUAL

Así como la regulación italiana ha sido el instrumento a través del cual analizar el derecho de huelga en el contexto del Estado Social, la regulación española ha de cumplir la misma función para llevar a cabo este mismo análisis en relación a la crisis del Estado Social. Esto es así porque, a pesar de que la Constitución española de 1978 conecta con

⁸⁰ Ibidem, pp.77-78.

⁸¹ Álvarez, I y Luengo, F. Citados por: Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado, op.cit., p.78.

la tradición del constitucionalismo social nacido a raíz de la Segunda Guerra Mundial, incluyendo elementos normativos propios del Estado Social, tales como la propia cláusula del Estado Social, la constitución económica, la regulación del trabajo o los derechos sociales, no deja de estar influenciada por el momento histórico en el que fue elaborada, coincidiendo este con la crisis del Estado Social⁸².

De esta manera, estaríamos hablando de la constitucionalización de la crisis del Estado Social que se manifiesta más intensamente a través del desarrollo legislativo y la práctica política, los cuales han servido como correctores de la Constitución. Sin embargo, esta situación también se evidencia en el propio texto constitucional, sobre todo en lo relativo a la actividad económica. Morisi, en una comparación entre los preceptos constitucionales italianos y españoles relativos a la igualdad material, habla del menoscabo, en la Constitución española, de la paridad formal de la relación público-privado debido a la asimetría normativa de la libertad de empresa y economía de mercado en relación a los mecanismos interventores del Estado⁸³.

En los primeros momentos de entrada en vigor de la Constitución del 78, se estableció un debate respecto al sistema económico establecido en el texto fundamental, pues se consideraba que en éste sobresalía la centralidad de los poderes privados, constituyendo los elementos privatistas una referencia primaria en la configuración del modelo, llegando incluso a establecer la subordinación finalista de la intervención pública, la cual se encuentra constitucionalmente normativizada, a la acumulación del capital⁸⁴. Con el paso del tiempo, lo que en un inicio fue una controversia, se convierte en una afirmación inequívoca porque se precisa el significado de los preceptos relativos a la libertad de empresa y la propiedad, que pasan a ser considerados los ejes centrales del sistema, lo que irremediamente supone la desnaturalización de la cláusula del Estado Social.

⁸² Maestro Buelga, G. la Constitución del trabajo en el Estado Social, op.cit., p.152.

⁸³ Morisi, M. Citado por: Maestro Buelga, G. la Constitución del trabajo en el Estado Social, op.cit., p.153.

⁸⁴ Ariño, G. Citado por: Maestro Buelga, G. la Constitución del trabajo en el Estado Social. op.cit., p.153.

De esta manera, la Constitución Española de 1978 consagra como regla general un modelo económico abierto, libre y competitivo, que recibe el nombre de “economía de mercado”, asignando, de esta forma, al Estado la tarea de salvaguardar su funcionamiento.

Por otro lado, antes de abordar el derecho de huelga de forma individualizada, resulta necesario hacer referencia al desarrollo constitucional en materia laboral, más concretamente, a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva que, junto con la huelga, forman los derechos de conflicto social. En primer lugar, cabe aclarar que la Constitución de 1978 no parte de cero a la hora de regular un Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pues con anterioridad ya existía una consolidada tradición jurídica en ese sentido. Por otro lado, también hay que reconocer que la Constitución ha originado profundas transformaciones en este ámbito⁸⁵.

Así pues, destaca el cambio llevado a cabo sobre el Derecho colectivo del Trabajo. En primer lugar, es preciso aludir a las normas de la transición política que cumplían la función de allanar el camino a la Constitución. Comenzando con el derecho de libertad sindical, cabe mencionar la Ley reguladora del Derecho de Asociación Sindical, de 1 de abril de 1977, desarrollada por el Real Decreto de 22 de abril de 1977 que, junto con la posterior ratificación de los Convenios 87 (libertad sindical) y 98 (negociación colectiva) de la OIT y su consagración en los artículos 7 y 28.1 de la Constitución, supone la ruptura de la Organización Sindical Española, única, oficial y obligatoria. Para el desarrollo de este derecho se elaboró la Ley Orgánica 11/1986, de Libertad Sindical⁸⁶.

De manera que, el reconocimiento del derecho a la libertad sindical supuso una nueva concepción de la negociación colectiva, pasando a estar vinculada a la autonomía colectiva. El derecho a la negociación colectiva se contempla en el 37.1 CE: “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”. La referida

⁸⁵ Montoya Melgar, A (2004). El Trabajo en la Constitución. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 0, p.29.

⁸⁶ *Ibidem*, p.29

ley que debe garantizar el derecho no es otra que el Estatuto de los Trabajadores, más concretamente, su título III, el cual recibe el título de “De la negociación colectiva y de los convenios colectivos”. En este sentido, cabe mencionar el impacto que tiene el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva a los representantes tanto de los trabajadores como de los empresarios en la figura del convenio colectivo, pues junto con su reconocimiento de “fuerza vinculante, elabora su concepción jurídica”⁸⁷.

Por lo tanto, una vez analizados brevemente el derecho de libertad sindical y negociación colectiva, es el turno del derecho de huelga. Este derecho se contempla en el artículo 28.2 de la Constitución. En particular, tal y como dispone el citado precepto, “reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses” y establece que “la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

En lo que respecta a las garantías de este derecho constitucional, éstas son tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales. En primer lugar, no se puede obviar que el precepto que regula el derecho de huelga se sitúa en el “modelo garantista que atiende a la protección del derecho mediante técnicas de garantía específica sin atención a su vinculación normativa a los principios y a los valores superiores consagrados en la Constitución”⁸⁸. De esta manera, el objeto específico del artículo 28.2 de la Constitución es el de garantizar la huelga como derecho, para lo cual establece una reserva de ley para esclarecer el ejercicio de la misma. Esto es, se designa a la ley como mecanismo encargado de establecer un sistema de garantías adecuadas que hagan posible el ejercicio efectivo del derecho de huelga, así como la reacción frente a posibles violaciones del mismo, sin olvidar la labor de disponer “las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”⁸⁹.

⁸⁷ *Ibidem*, pp.29-30.

⁸⁸ Monereo Pérez, J.L y Ortega Lozano, P.G. (2019). *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*. Aranzadi.p.83.

⁸⁹ *Ibidem*.

Pues bien, resulta que esta ley existe, pero es preconstitucional y está repleta de lagunas, las cuales deben ser rellenadas por los Tribunales. Se trata del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, cuyas disposiciones relativas al derecho de huelga fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional por el Partido Socialista Obrero Español el 14 de octubre de 1980. La sentencia (STC 11/1981 de 8 de abril) fue dictada el 8 de abril del año siguiente, y declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos, los cuales resultan bastante escasos en comparación con aquellos que continúan en vigor. Esto es, el Tribunal Constitucional decide mantener en vigor la mayor parte de los contenidos del articulado normativo preconstitucional, declarándolos expresamente compatibles con el texto constitucional⁹⁰.

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional, en la misma sentencia 11/1981 se plantea en el fundamento jurídico quinto la adecuación del Real Decreto-Ley para regular un derecho fundamental constitucional como lo es el de huelga. Esto se debe a que, si se tienen cuenta ciertos preceptos constitucionales como el propio artículo 28.2, que remite la regulación del derecho de huelga a la ley, o el artículo 81.1, que establece que tanto los derechos fundamentales como las libertades públicas deben desarrollarse a través de una ley orgánica, puede concluirse con la invalidez del Real Decreto-Ley, pues no cumple con la cláusula de reserva contenida en el artículo 28.1, y mucho menos con la del 81.1. Ante esta cuestión, el Tribunal Constitucional establece un mandato al legislador de elaborar la Ley Orgánica a la que la Constitución remite, pues a pesar de que el Real-Decreto-Ley en cuestión no pueda ser considerado inconstitucional, éste tampoco puede ser asimilado a una ley orgánica o investido con tal carácter. De esta manera, el Tribunal Constitucional concluye con que “puede decirse que la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado Real Decreto-Ley, en cuanto no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de Ley Orgánica”.

⁹⁰ Suarez González, F. (2005). La huelga en el derecho español. En: Marzal, A. La huelga hoy en el derecho social comparado. Esade, Facultad de Derecho. Disponible en: <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/ereader/ehu/52240>, p.204 (último acceso 12.05.2021).

Además, también hay que mencionar la sentencia 123/1990 de 2 de julio: “El fondo del asunto muestra una vez más las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el art. 28.2 C.E., lo que origina una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales, y una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego”⁹¹.

A este respecto, cabe destacar la opinión de Federico Durán López, que entiende que la citada sentencia 11/1981 del TC, a pesar de aclarar algunos puntos sobre el régimen jurídico del derecho de huelga, crea un “panorama de relativa incertidumbre”, pues lo que hace es dejar la concreción progresiva de dicho régimen jurídico en manos de la jurisprudencia. Esto es, la sentencia hace constantes referencias a futuros pronunciamientos jurisprudenciales a la hora de hablar de temas más concretos del derecho de huelga, lo que, junto con la introducción de criterios interpretativos demasiado generales, convence al autor de la necesidad de una regulación legislativa del derecho. Esto es así porque “es en el plano legislativo donde deben afrontarse y resolverse muchos de los problemas dejados en el aire, sin confiar exclusivamente ni prevalente mente en la labor jurisprudencial a la hora de configurar en concreto el régimen jurídico del derecho de huelga”⁹².

Por otro lado, la ubicación del precepto dentro del texto constitucional tiene especial significación, pues el artículo 28.2 se sitúa en el Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”), Capítulo II (“Derechos y libertades”), Sección 1ª (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”). Esto es, esta ubicación en el texto constitucional implica que el derecho de huelga forma parte de los derechos fundamentales y las libertades públicas, los cuales gozan de la especial protección del artículo 53.2 de la Constitución, según el cual, “cualquier ciudadano podrá recabar la

⁹¹ Suarez González, F. La huelga en el derecho español..., op.cit., p. 205.

⁹² Durán López, F. (1982). El régimen legal de la huelga tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista de política social*, 134, 49-72, pp.71-72.

tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”⁹³. De esta forma, ante la violación del derecho de huelga podrá instarse recurso de amparo ante el TC, con la finalidad de lograr restablecer dicho derecho de manera efectiva e inmediata⁹⁴.

Volviendo al artículo 28.2 de la Constitución y su redacción, es preciso reparar en los puntos del citado artículo que hacen referencia a la titularidad y a la función del derecho de huelga. La constitución habla de un “derecho de los trabajadores” con el objetivo de hacer efectiva “la defensa de sus intereses”. Se trata de una expresión bastante genérica que, *a priori*, parece ser capaz de absorber cualquier tipo de opción interpretativa posible, pero esto no es así, pues hay algunas que se encuentran excluidas del marco jurídico constitucional. Un ejemplo bastante claro de ello es la eventual restricción de la titularidad del derecho a los sindicatos, la cual en principio parece ser “incompatible con la universalidad del reconocimiento de dicho derecho en un texto constitucional que consagra en el mismo artículo (art. 28.1 CE) la libertad de mantenerse al margen de las asociaciones sindicales”. Sin embargo, es necesario admitir la posibilidad de que el derecho sea ejercitado legalmente por trabajadores no sindicados, pues se reconoce el derecho de los trabajadores a no pertenecer a ningún sindicato si ese es su deseo, así como el derecho de huelga sin distinción por razón de filiación sindical⁹⁵.

Por lo tanto, se puede concluir que el derecho de huelga se concibe como derecho del trabajador individual y no como derecho del sindicato, a pesar de su ejercicio colectivo. Entonces, a pesar de que los sindicatos pueden intervenir en el proceso de huelga a través de múltiples acciones, tales como la convocatoria, la petición de vuelta al trabajo, el apoyo económico o la negociación de las reivindicaciones, es necesario

⁹³ Ibidem, p. 203.

⁹⁴ Freixes Sanjuan, T. (1986). La huelga y sus garantías constitucionales (Algunas reflexiones sobre el contenido del artículo 28.2 y su inserción en el sistema de garantías de la Constitución de 1978). *Revista de Derecho Político*, 22, p.232.

⁹⁵ Martín Valverde, A. (1979). El derecho de huelga en la Constitución de 1978. *Revista de política social*, 121, 227-253, p.228.

recordar que no son titulares del derecho de huelga, pues este le corresponde al trabajador individual. De tal forma que, en principio, la consecuencia de este planteamiento es la legalidad de las huelgas no sindicales, de modo que no es posible considerar ilícita a una huelga por el hecho de ser no sindical, a pesar del innegable protagonismo de los sindicatos en los movimientos huelguísticos⁹⁶. De la misma manera, de estos mismos planteamientos también se deriva la licitud de las denominadas huelgas salvajes, existiendo unanimidad de la doctrina al respecto⁹⁷.

Por otro lado, es oportuno abordar el alcance del término “trabajadores” utilizado en el artículo 28.2, planteándose la duda sobre la titularidad del derecho de huelga de los funcionarios públicos. Esto es así porque es posible especular que el término utilizado engloba a todos aquellos que prestan servicios por cuenta ajena a cambio de retribución, con independencia de su inclusión o no en el ámbito de aplicación de la legislación en materia laboral⁹⁸.

Un argumento a favor de esta presunción es el hecho de que, es precisamente la acepción amplia del término “trabajadores”, la que más comúnmente se emplea en las Constituciones y normas de derecho colectivo del trabajo. Es también el caso de la Constitución del 78, en cuyo artículo 7 se habla de “sindicatos de los trabajadores” para denominar a aquellas asociaciones encargadas de la defensa y promoción de los intereses sociales y económicos, incluyendo, entre ellas, a los sindicatos de funcionarios públicos. Prueba de ello es la propia redacción del artículo 28.1 de la Constitución: “La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos”⁹⁹.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 229.

⁹⁷ Freixes Sanjuan, La huelga y sus garantías constitucionales..., *op.cit.*, p. 224.

⁹⁸ Martín Valverde, A. El derecho de huelga en la Constitución de 1978, *op.cit.*, p. 230.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 230.

En sentido opuesto, es posible alegar una distinción en el reconocimiento del derecho con base en la distinta redacción de los artículos 28.1 y 28.2 de la Constitución. Por un lado, el artículo 28.1 establece que “todos tienen derecho a sindicarse”, mientras que, por otro lado, el artículo 28.2 habla del “derecho a la huelga de los trabajadores”, lo que podría indicar una voluntad de diferenciación entre ambos preceptos. Pero este argumento es fácilmente debatible, pues el término “todos” utilizado por el artículo 28.1 no incluye, como pretende esta teoría, a todos los ciudadanos, sino a “aquellos cuyas asociaciones de defensa y promoción de intereses se llaman «sindicatos», esto es, los “trabajadores” en el sentido amplio de la expresión”¹⁰⁰.

De esta manera, parece innegable que el balance entre argumentos resulta favorable a la consideración de los funcionarios públicos como titulares del derecho de huelga reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución. Por lo tanto, cabe concluir con que la huelga de los funcionarios no está prohibida, pero tampoco es un derecho constitucional. Esto es, el legislador lo puede reconocer o no reconocer, resultando evidente que lo ha hecho, a pesar de que no se ha especificado su regulación¹⁰¹.

Una vez analizado el aspecto relativo a la titularidad del derecho, es el momento de debatir sobre la amplitud de la fórmula constitucional que define la función del derecho de huelga. En este sentido, la Constitución habla, de una forma muy amplia, de la defensa de los intereses de los trabajadores. En la discusión parlamentaria del artículo 28.2 se planteó el debate sobre el alcance del término “intereses”, derivando el mismo a la cuestión sobre la legitimidad de la huelga política¹⁰².

A este respecto, el artículo 11 del Real Decreto-Ley 17/1977 sobre relaciones de trabajo declara la ilegalidad de la huelga “cuando se inicie o sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados”. No obstante, es necesario tener en cuenta la construcción jurisprudencial del derecho, la cual tiene como eje central la ya mencionada sentencia del Tribunal

¹⁰⁰ Martín Valverde, A. El derecho de huelga en la Constitución de 1978, op.cit., p.230.

¹⁰¹ Suarez González, F. La huelga en el derecho español..., op.cit., p. 205.

¹⁰² Freixes Sanjuan, T. La huelga y sus garantías constitucionales..., op.cit., p.226.

Constitucional 11/1981. Entonces, en lo que respecta a la fórmula “para la defensa de sus intereses” empleada por la Constitución, esta encuentra una interpretación bastante flexible por parte del Tribunal, lo que da pie a distinguir entre huelga contractual y huelga profesional. La primera está directamente vinculada a la negociación colectiva y la finalidad económica en el marco de la relación laboral, la cual determina la licitud de la misma, mientras que la segunda se corresponde con la huelga de solidaridad, siendo esta en la que el interés tutelado no deriva directamente del vínculo laboral de los trabajadores en huelga, permitiendo su vinculación con intereses colectivos, y siendo la conexión profesional el elemento determinante de la licitud de la misma¹⁰³.

En este sentido, el Real Decreto 17/1977 establece la ilegalidad de la huelga cuando esta “sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte al interés profesional de quienes la promueven”. Al respecto, resulta relevante destacar la redacción de este mismo artículo antes de que el Tribunal Constitucional lo modificara en la sentencia 11/1981: “la huelga es ilegal: cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte directamente al interés profesional de quienes la promueven”, la cual incluía el término “directamente”. Por lo que se puede decir que en el sistema jurídico español vienen a ser legítimas todas las huelgas de solidaridad en la práctica. Esto es, se considera legal la huelga de solidaridad en la que el interés defendido se deduce de la existencia de unos intereses de clase comunes, existiendo una conexión de intereses entre los trabajadores huelguistas, aunque no reivindiquen nada para sí mismos¹⁰⁴.

Por lo tanto, cabe concluir con que el juez constitucional determina que la huelga profesional o de solidaridad constituye el máximo nivel de amplitud correspondiente al derecho de huelga en su configuración, excluyendo, de esta manera, la legalidad de la huelga política en los siguientes términos: “(...) no nos encontramos ante el fenómeno de huelga protegido por el art. 28 de la Constitución cuando se producen perturbaciones en la producción de bienes y de servicios o en el normal funcionamiento de estos últimos que se introducen con el fin de presionar sobre la Administración Pública o sobre los

¹⁰³ Maestro Buelga, G. la Constitución del trabajo en el Estado Social, op.cit., pp. 187-188.

¹⁰⁴ Monereo Pérez, J.L y Ortega Lozano, P.G. *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, op.cit., p. 273.

órganos del Estado para conseguir que se adopten medidas gubernativas o que se introduzca una nueva normativa más favorable para los intereses de una categoría (por ejemplo, de empresarios, de concesionarios de servicios, etc.)”¹⁰⁵.

Entonces, lo que ocurre es que la citada sentencia 11/1981 lleva a cabo una lectura estática del derecho de huelga, reconfigurándolo y resituándolo exclusivamente en el marco de las relaciones laborales, obviando, de esta manera, que se trata del derecho de conflicto por excelencia, pues no hay que olvidar que este se asienta como el mecanismo de representación de la clase trabajadora. Es decir, la huelga constituye el instrumento a través del cual la clase trabajadora es capaz de trasladar sus intereses y demandas al espacio de las políticas, situándose en posición de igualdad en el marco de la elaboración legislativa, llegando incluso a corregir aquellas políticas que puedan suponer un menoscabo no solo de sus condiciones laborales, sino del propio futuro del trabajo.

Esto es, la huelga es un derecho vinculado inherentemente a las bases materiales del Estado Social, a ese pacto entre capital y trabajo que se configura desde la perspectiva del conflicto, el cual se agrava o atenúa en función de la capacidad de negociación de las partes. No hay que olvidar que en el constitucionalismo social de la posguerra el trabajo se establece como sujeto político, concepción que cambia en el constitucionalismo social de la crisis, periodo en el que pasa a ser considerado como un factor de producción. Ello queda evidenciado sobre todo a través las diversas reformas laborales y de la interpretación llevada a cabo por los órganos constitucionales del Estados respecto al trabajo y sus dimensiones económica y política. De forma que, durante la crisis del Estado Social comienzan a introducirse en el ámbito legislativo una serie de elementos que implican la reconfiguración del trabajo como factor de producción.

Por lo tanto, en el contexto de crisis del Estado Social, el derecho de huelga pierde su configuración dinámica y se resitúa en una posición estática donde los únicos espacios donde puede cobrar viabilidad son los propios de las relaciones de trabajo. Es entonces

¹⁰⁵ Maestro Buelga, G. la Constitución del trabajo en el Estado Social, op.cit., p. 188.

cuando se produce la ruptura del pacto capital-trabajo, lo que provoca la subordinación del trabajo a las necesidades propias del capital, en pos de mantener las cuotas de bienestar, a pesar de que, como ya se ha apuntado anteriormente, el Estado Social no tiene nada que ver con el Estado del bienestar. Es decir, el Estado Social se constituye como una forma de Estado en permanente construcción y desarrollo, debido a que se nutre del propio conflicto, el cual siempre se encuentra latente, adoptando diversas formas.

Asimismo, resulta relevante analizar qué huelgas se consideran ilegales, además de las políticas, según el artículo 11 del Real Decreto-Ley 17/1977, siendo este el caso de la huelga que “tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo”, la cual se corresponde con la huelga novatoria. Sin embargo, existe la excepción de que se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias que justifiquen la aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*¹⁰⁶. Por último, el artículo 11 habla de la ilegalidad de la huelga cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el propio Real Decreto-Ley 17/1977 sobre relaciones de trabajo, o lo expresamente pactado en Convenio Colectivo para la solución de conflictos.

Por otro lado, el artículo 7.2 del Real-Decreto-Ley 17/1977 considera ilícitas o abusivas de “las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, se considerarán actos ilícitos o abusivos”. De esta manera, a diferencia del artículo 11 del Real Decreto-Ley que establecía la ilegalidad de la huelga en función de los fines que se persiguen con la misma, el artículo 7.2 habla de ilicitud o abusividad de la huelga según el modo en el que se lleve a cabo la misma, es decir, depende del comportamiento de los trabajadores y no de los objetivos que se persigan con la misma.

¹⁰⁶ Suarez González, F. La huelga en el derecho español..., op.cit., p. 207.

La abusividad de las huelgas viene determinada por la noción del principio de proporcionalidad de los daños, un concepto procedente del ordenamiento alemán que implica que “la huelga es considerada como un mal que, para tocar el vínculo contractual o legítimo ejercicio de la gestión empresarial, solo puede justificarse en circunstancias y conforme a reglas determinadas. De ahí deriva la exigencia de que sus efectos se limiten a un daño razonable”¹⁰⁷. Además, también es necesario tener en cuenta el principio de paridad o equilibrio en la situación de las partes, procedente también de la propia lógica contractual. De esta manera, ambos principios constituyen el sometimiento del ejercicio del derecho de huelga a vínculos económico-contractuales, lo cual supone la limitación de los efectos de la constitucionalización del derecho, así como la recuperación de la forma de integración del trabajo basada en la teoría del equilibrio. Esto es, se introducen unos principios de carácter marcadamente privatista en la configuración del derecho de huelga que dificultan la vinculación del mismo a un Estado Social fuerte.

Finalmente, la última parte del artículo 28.2 de la Constitución establece la necesidad de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, lo que supone una suerte de limitación del derecho de huelga en función del interés de los ciudadanos en la prestación de unos determinados servicios. Evidentemente, el problema que se plantea aquí es precisamente la determinación de lo que debe entenderse por servicios esenciales. La doctrina establece que por servicios esenciales deben entenderse aquellos que satisfacen derechos o intereses que, a su vez, son considerados esenciales, es decir, los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Es por ello que los servicios relativos a la libre circulación, la libertad de comunicaciones, el derecho a la salud, a la educación o a la cultura tienen la calificación de esenciales¹⁰⁸.

El de los servicios esenciales es un tema bastante controvertido, ya que la legislación debe evitar los perjuicios a la economía nacional y a los propios usuarios de estos servicios, pero no puede llegar tan lejos como para impedir la huelga de los

¹⁰⁷ Matía Prim, J. Citado por Maestro Buelga, G. la Constitución del trabajo en el Estado Social, op.cit., pp. 189-190.

¹⁰⁸ Suarez González, F. La huelga en el derecho español..., op. cit., p. 213.

trabajadores de dichos servicios, por lo que siempre se debe respetar el contenido mínimo de tal derecho. Según la doctrina, el derecho de la comunidad a estas prestaciones esenciales tiene prioridad respecto al derecho a la huelga de los trabajadores, el cual cede cuando al ejercerlo se causa, o existe la posibilidad de que se cause, un perjuicio peor que el que los trabajadores huelguistas experimentarían si su reivindicación fracasara¹⁰⁹.

Por su parte, resulta trascendente citar el artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977: “Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas”. Se trata de una facultad ya reiterada por el TC que asimila “los servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad” con los servicios esenciales de la comunidad a los que hace referencia la Constitución. De este precepto se infiere que una regulación abstracta de los servicios esenciales resulta bastante inviable por la vía reglamentaria, por lo que la solución es una regulación concreta por parte de la autoridad gubernativa, es decir, una regulación referida a una huelga ya convocada¹¹⁰.

En este sentido, cabe destacar el artículo 53.1 de la Constitución, el cual establece que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos” y que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. De manera que el concepto de “contenido esencial” es determinante a la hora de regular los derechos fundamentales, siendo este la esencia misma del derecho en cuestión e indisponible por el legislador. Esto es, el contenido esencial de los derechos fundamentales supone el límite de los mismos, el cual ha de tenerse en cuenta a la hora de ponderar las posibles colisiones entre derechos. El contenido esencial del derecho de huelga es especialmente relevante debido a que esta ponderación, sobre todo en el caso

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 212.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.212.

de los servicios públicos, se lleva a cabo por la Administración Pública de parte del ejecutivo que dicta medidas legislativas para delimitar el servicio público en cuestión. De esta manera, también se están defendiendo los derechos de los usuarios de los servicios¹¹¹.

Por último, al igual que en el caso italiano, cabe hacer una breve mención al *lockout* o cierre patronal en el ordenamiento. Pues bien, según el artículo 12 del Real Decreto-Ley 17/1977, “el cierre del centro de trabajo en caso de huelga o cualesquiera otras modalidades de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo” por parte del empresario es lícito en caso de que concurra alguna de las tres circunstancias citadas en el mismo artículo. De tal forma que, la licitud del *lockout* ha de estimarse con base en las causas que lo permitan y no atendiendo a la licitud de la propia huelga, ya que se puede dar el caso de que la huelga no sea lícita y, al mismo tiempo, no darse las circunstancias que justifiquen el cierre del centro de trabajo¹¹².

De modo que, el cierre patronal solo está justificado por tres causas: en primer lugar, la “existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas”. Se trata de un peligro que ha de ser notorio, real e inminente, no siendo suficiente para justificar el cierre las sospechas o la mera posibilidad de que ocurra, pero aún no materializada en violencia o daños. La segunda causa es la “ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca”, no siendo suficiente justificación la simple ocupación de pasillos y escaleras sin emplear la violencia. Finalmente, la tercera causa que justifica el cierre del centro de trabajo por parte del empresario es “que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción”¹¹³.

Además, cabe mencionar la inadmisibilidad de los cierres patronales como acto de retorsión, así como los cierres ofensivos, es decir, aquellos que se llevan a cabo como

¹¹¹ Balaguer Callejón, M.L. (1991). El contenido esencial del derecho de huelga. *Revista de derecho político*, 34, 123-142, pp.125-126.

¹¹² Porret Gelabert, M. La huelga, el asociacionismo sindical..., op.cit., p. 46.

¹¹³ *Ibidem*, pp.46-47.

medida para impedir la huelga, presionar para que se le ponga fin o para sancionar a los huelguistas. Por el contrario, el cierre defensivo es considerado lícito, siendo este “aquel que se realiza sin ánimo de impedir, interferir o sancionar el desarrollo del derecho fundamental de huelga y con la exclusiva finalidad de preservar a personas y bienes de las consecuencias excesivamente onerosas y desproporcionadas que pueden derivarse del ejercicio de aquel derecho”¹¹⁴.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 46.

CAPÍTULO III

DERECHO DE HUELGA Y ESTADO-MERCADO: ESPECIAL REFERENCIA AL ORDEN JURÍDICO EUROPEO

I. FUNDAMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO DE MERCADO EUROPEO: DEL GOBIERNO DE LA ECONOMÍA A LA CENTRALIDAD DEL MERCADO

En el capítulo anterior se hablaba de la crisis del Estado Social como un periodo de transición, es decir, un periodo en el que aquellos cambios que finalmente provocarían la ruptura del Estado social aún no se habían consolidado. Por lo tanto, no es hasta que estas transformaciones se intensifican y, finalmente, se asientan, que se puede hablar de una ruptura en la forma de Estado y del surgimiento de una nueva que pasaremos a denominar Estado-mercado. Esta caracterización de la nueva forma de Estado nace como consecuencia de la centralidad incondicionada que el mercado pasa a adquirir en ella, pues es precisamente la centralidad adsorbente del mismo la que va a determinar “el conjunto de las relaciones económico-sociales y la subordinación del poder público a las exigencias de la acumulación del capital tal y como se plantean por éste en esta fase del capitalismo”¹¹⁵.

Es decir, el poder público pasa a estar vinculado al interés económico, y prueba de ello son fenómenos tales como la fijación de límites al incremento del gasto público, con especial referencia al gasto social, las privatizaciones de empresas y servicios públicos esenciales o los diversos procesos de desregulación de la actividad económica. Además, también hay que sumar a esta situación la desconfianza surgida durante la crisis económica de los años 70 del siglo pasado respecto a la intervención del Estado en la economía, lo que en los años 80 se traduce en una “revancha del mercado” que se presenta ante la ciudadanía y las instituciones públicas como el mecanismo más eficaz para gestionar la utilización de los recursos¹¹⁶. De esta forma, la intervención económica

¹¹⁵ Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado..., op.cit., pp. 78-79.

¹¹⁶ Cantaro, A. El declive de la Constitución Económica del Estado Social (1997). En: García Herrera, M.A. *El constitucionalismo en la crisis del estado social*. Universidad del País Vasco, pp. 171-172.

pública se desvincula de la redistribución y el mercado se presenta como espacio de distribución, cuyo funcionamiento autónomo debe ser salvaguardado¹¹⁷.

En relación al trabajo, hay que recordar el vínculo entre la subjetivización del mismo como sujeto de conflicto en el espacio político y la democracia en el Estado Social, lo cual se ve sustancialmente modificado en la nueva forma de Estado-mercado, ya que se produce su remercantilización. Es decir, el trabajo se ve expulsado del ámbito político debido al resurgimiento de la contradicción entre redistribución y beneficio económico, de manera que ya que no se le considera parte del círculo virtuoso impulsor del crecimiento. De este modo, se produce la “desubjetivización” del trabajo que se manifiesta a través de la crisis del sistema de partidos, los cuales dejan de vincularse con el conflicto y pasan a ejercer la función de gestores de los intereses del mercado, y la erosión del poder sindical, consecuencia de la ya mencionada remercantilización del conflicto, así como de la ausencia de intervención pública en el reequilibrio entre los sujetos de conflicto. La consecuencia de ello es el debilitamiento de la democracia, que también pasa a subordinarse al mercado, como democracia legitimada por la racionalidad del cálculo económico, y, por lo tanto, la desaparición de la dimensión política de la integración del trabajo. De tal forma que, en esta nueva forma de Estado, el trabajo actúa en un nuevo desequilibrio de poder al verse privado de la dimensión colectiva que le hacía de soporte¹¹⁸.

Este es el escenario en el que Europa ha establecido el objetivo de alcanzar un mercado único de personas, bienes, servicios y capital, así como el de establecer una unión económica y monetaria, a partir de la cual crear una unión política y económica europea. En tal sentido, el acto que confirma esta nueva fase del proceso de integración europea es el Tratado de Maastricht, cuyos presupuestos económicos e institucionales se basan en la idea de que un mercado solo puede considerarse único en la medida en que el medio general de intercambio también lo sea, ya que se entiende que los distintos mercados de capitales y monedas inevitablemente terminan por provocar inestabilidad

¹¹⁷ Maestro Buelga, G. Del Estado social a la forma global de mercado..., op.cit, p. 80.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 80-82.

económica. La consecuencia de ello es la autonomización de las razones del mercado, lo que conlleva la subordinación de la política a la razón del mercado¹¹⁹.

El Tratado de Maastricht es el espacio normativo en el que se introducen las competencias relativas a la gestión del mercado único y a la creación de la Unión Económica y Monetaria, a través de las cuales se establece la centralidad del mercado y sus principios estructurales (ortodoxia monetaria y condicionalidad macroeconómica y macrofinanciera). A este respecto cabe mencionar la interpretación del Estado regulador, la cual ha sido adoptada por parte de la doctrina durante la década de los 80, para designar a la Constitución Económica establecida en el Tratado de Maastricht, de manera que la función reguladora llevada a cabo por los poderes públicos tanto estatales como comunitarios tiene como objetivo garantizar la protección y primacía del mercado. Lo mismo ocurre con las competencias estatales relativas a este ámbito, las cuales han sido europeizadas en pos de proteger el modelo regulador incorporado en la constitución económica de la Unión¹²⁰.

La fórmula del Estado regulador supone la superación del modelo económico del constitucionalismo social, caracterizado por el heterogobierno del mercado y la primacía de la esfera política, dos elementos completamente incompatibles con los postulados del Estado regulador. Esto es, el gobierno del mercado resulta completamente inconciliable con la centralidad del mismo, de manera que esta última se garantiza a través de la subordinación de la política, pasando la política a cumplir la función de garantizar la acumulación del capital y resolviendo las contradicciones creadas por el Estado Social a este respecto. Ello implica la eliminación de los vínculos políticos impuestos al sistema económico, desnaturalizando la constitución económica del Estado Social y provocando la centralidad del mercado, que ahora es la que define la intervención social y económica.

¹¹⁹ Cantaro, A. El declive de la Constitución Económica del Estado Social. op. cit, p. 172.

¹²⁰ Lasa López, A. (2010). Derechos de conflicto y razones de mercado. Caracterización jurídica de la huelga en el Derecho comunitario europeo. *Revista De Derecho Constitucional Europeo*, 13, 291-338, p. 292.

De este modo, resulta innegable que dichas transformaciones traen consigo una nueva constitución económica, dejando atrás la del Estado Social¹²¹.

Esta situación queda evidenciada a través del conjunto de valores de la Comunidad Europea que el tratado de Maastricht define, siendo el principio de “economía de mercado abierta y de libre competencia” el más relevante en este sentido, pues es simultáneamente criterio y fin esencial. Esto es, como criterio, este principio funciona como una norma *agendi* en lo que respecta a las intervenciones comunitarias, mientras que como fin esencial se encuentra respaldado por los medios institucionales más poderosos que tiene a su disposición la Comunidad europea. A este respecto, cabe contrastar la protección con la que cuenta esta finalidad con la de las finalidades de carácter social, que disponen de unos mecanismos de tutela caracterizados por su funcionalidad y subordinación¹²².

En tal sentido, cabe mencionar el artículo 3.A.1 del tratado de Maastricht: “(...) la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”. La relevancia de dicho artículo radica en que en su redacción se confirma que el principio de “economía de mercado abierto y de libre competencia” asume la naturaleza de auténtico principio fundador de la Comunidad europea, siendo esto aún más evidente en “la predisposición de los vínculos a los que vienen sometidos tanto las políticas nacionales, como las políticas monetarias comunitarias, de cara al objetivo de la unificación monetaria”¹²³.

Por su parte, los Estados miembros ven reducida su autonomía para determinar los objetivos macroeconómicos, pues se les impone la condición de respetar cinco criterios

¹²¹ *Ibidem*, p. 293

¹²² Berti, L. Citado por: Cantaro, A. *El declive de la Constitución Económica...*, op. cit, p. 172.

¹²³ Cantaro, A. *El declive de la Constitución Económica del Estado Social*. op. cit, p. 173.

de convergencia de forma rigurosa para pasar a la tercera fase de la unión monetaria. Dichos criterios son: la tasa de inflación, el déficit público, la deuda pública, el nivel de los tipos de interés y la estabilidad monetaria, siendo este último el valor económico determinante en las políticas económicas de cada Estado. Por otro lado, la estabilidad monetaria también somete a la política económica comunitaria, prueba de ello es la existencia de una autoridad central e independiente a la que tanto los Estados miembros como los organismos e instituciones comunitarias confían la unión económica y monetaria: el Sistema Europeo de Bancos Centrales y el Banco Central Europeo. En este sentido, resulta relevante mencionar el artículo 107 del Tratado de Maastricht, según el cual “las instituciones y organismos comunitarios, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a (...) no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del BCE y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones”¹²⁴.

También cabe mencionar el artículo 105 del tratado, pues en el se establece como objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales el de mantener la estabilidad de los precios, lo cual no es de extrañar, ya que se trata de una finalidad clásica de los bancos centrales. Pero el citado artículo continúa de la siguiente manera: “Sin perjuicio de este objetivo, el SEBC apoyará las políticas económicas generales de la Comunidad con el fin de contribuir a la realización de los objetivos comunitarios”. De esta forma se puede observar cómo se invierte el planteamiento característico del Estado social, según el cual, la política monetaria se encontraba en una posición subordinada respecto a las políticas fiscales y presupuestarias. Por lo tanto, resulta evidente como el monetarismo se instituye como “horizonte constitucional” de la Comunidad, pasando a ser la autoridad monetaria europea el “nuevo soberano” del gobierno de la economía¹²⁵.

II. LOS DERECHOS DEL ORDEN DE MERCADO EUROPEO: LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

Desde un primer momento, los Tratados de la Unión Europea han otorgado una posición privilegiada a las cuatro libertades económicas, esto es, a la libre circulación de

¹²⁴ *Ibidem*

¹²⁵ Cantaro, A. El declive de la Constitución Económica del Estado Social. op. cit, pp. 173-174.

mercancías, de trabajadores, de capitales y de servicios, ya que estas constituyen los instrumentos a través de los cuales se alcanza la integración económica en Europa y la consecución del mercado único. Esta posición de privilegio adquiere aún más entidad si se tiene en cuenta la ausencia inicial de referencia alguna a la protección de los derechos fundamentales, los cuales irían alcanzado con el tiempo más entidad dentro de la Unión Europea, lo que terminaría provocando una colisión entre estos y las libertades económicas¹²⁶.

La integración europea ha sido un proceso en el que resulta especialmente relevante la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sobretodo en los aspectos relativos a la consagración de los principios definitorios de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales, siendo estos los principios de eficacia directa y de primacía del Derecho comunitario. El desarrollo de la jurisprudencia relativa a este tema se llevó a cabo de forma simultánea, junto con la jurisprudencia sobre libertades económicas fundamentales, siendo especialmente relevante la libertad de mercancías, pues tuvo un papel mayor en la creación de dicha jurisprudencia¹²⁷.

Pero antes de analizar esta jurisprudencia, resulta necesario examinar más profundamente estas cuatro libertades económicas fundamentales. En primer lugar, la libre de circulación de mercancías se encuentra regulada en los artículos 28-37 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), siendo necesario destacar, además, el Reglamento (CE) 2679/98 del Consejo de 7 de diciembre de 1998 sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, a través del cual se establece un nuevo mecanismo de intervención que garantiza la libre circulación de mercancías en situaciones de conflicto¹²⁸. El artículo 28 TFUE habla de una “unión aduanera” que “abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías, y que implicará la prohibición entre los

¹²⁶ Sarrión Esteve, J. (2011). Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho Político*, 81, 379-412, pp. 381-382.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 935-936.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 945-946.

Estados miembros de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países”.

De esta manera, la libre circulación de mercancías supone una libertad esencial en la consecución de un Mercado Interior, ya que en el supuesto de que los Estados miembros pudieran establecer medidas para impedir el ingreso de productos procedentes de otros Estados miembros en su territorio en aras a proteger su propia producción, a controlar el tráfico de mercancías en su territorio de acuerdo a técnicas de planificación y restricción de la competencia, etc., difícilmente podría hablarse de un auténtico Mercado Interior¹²⁹.

Además, hay que tener en cuenta que la Unión Europea se basa en el principio de libre competencia y no intervención de los Gobiernos en la economía, un principio que no puede ser respetado solo si se cumple en cada Estado miembro, pues no se trata de obtener un mercado único fraccionado por fronteras derivado de la suma del mercado interior de cada Estado miembros, sino que hay que tener en cuenta también el tráfico fronterizo dentro de la Unión¹³⁰.

En segundo lugar, la libre circulación de trabajadores encuentra su regulación en los artículos 45-48 TFUE, cabiendo además destacar el Reglamento (CEE) 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Se trata de una libertad que queda “funcionalizada” y reconducida a la libre prestación de servicios, evidenciando de esta manera la

¹²⁹ Álvarez-Palacios Arrigui, G.I. (1994-1995). Las libertades fundamentales reconocidas por la UE. Especial referencia a la sentencia Gebhard. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 12-13, 43-70, p. 47.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 47-48.

subordinación del trabajo al mercado, sin perjuicio de su evolución hacia la libre circulación de personas¹³¹.

Entonces, según artículo 45 TFUE, la libre circulación de trabajadores supone “la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”. Esta libertad se completa con el derecho “a responder a ofertas efectivas de trabajo, a desplazarse con tal fin por el territorio de los estados miembros, residir en ellos mientras ejerce un empleo y permanecer allí después de haberlo ejercido”¹³².

En relación con esta libertad económica, resulta necesario mencionar la libertad de establecimiento, la cual se regula en los artículos 49-54 TFUE, consistiendo, según el artículo 49 TFUE, en “el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio”. De esta manera, se llega a la conclusión de que la libre circulación de trabajadores hace referencia a las relaciones laborales o de dependencia, ya que las profesiones liberales o autónomas, caracterizadas por la independencia en su ejercicio, son reguladas por el derecho de establecimiento y la libre circulación de servicios, la cual será analizada más adelante¹³³.

Además, el ya citado Reglamento 1612/68 establece en su artículo 10 que, junto con el propio trabajador, también son beneficiarios del derecho su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años, así como sus descendientes y los de su cónyuge que se encuentren a su cargo, independientemente de su nacionalidad. De modo que el alcance de los artículos TFUE relativos a la libre circulación de trabajadores se ve considerablemente ampliado, al igual que el del propio concepto de trabajador¹³⁴.

¹³¹ Castro Oliveira, A. Citado en Sarrión Esteve, J. La tutela de las libertades económicas fundamentales..., op. cit., p. 946.

¹³² Dastis Quecedo, A.M^a. Citado por Álvarez-Palacios Arrigui, G.I. Las libertades fundamentales reconocidas por la UE, op. cit., p. 52.

¹³³ Álvarez-Palacios Arrigui, G.I. Las libertades fundamentales reconocidas por la UE, op. cit. p. 52.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 54.

La libre circulación de servicios, por su parte, se encuentra conformada tanto por el derecho de establecimiento, regulado por los artículos 49-54 TFUE, tal y como se ha mencionado con anterioridad, como por la libre prestación de servicios, contemplada en los artículos 56-62 del mismo Tratado. Es necesario mencionar, además, diversas directivas relevantes a este respecto, tales como: la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior; la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios; la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y suministro; o la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales¹³⁵.

El TFUE ofrece un concepto residual de servicios, pues en su artículo 57 se establece que: “se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”. Esto es, el concepto de servicios recogido por el Tratado hace referencia a prestaciones llevadas a cabo por nacionales de un Estado miembro establecidos en otro que no sea el del destinatario de la prestación, comprendiendo todas aquellas actividades que no se encuentren dentro de la regulación de las otras tres libertades económicas fundamentales¹³⁶.

Resulta relevante mencionar la temporalidad como característica diferenciadora entre la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, puesto que esta última consiste en una instalación permanente en otro Estado miembro. Esto es relevante de cara a la legislación aplicable, pues la persona que se establece en otro Estado miembro de forma duradera queda sujeta a su legislación nacional, mientras que quien solo se desplaza a otro país para prestar un servicio no deja de estar sometido a la ley de su Estado

¹³⁵ Sarrión Esteve, J. La tutela de las libertades económicas fundamentales... . op. cit, p. 947

¹³⁶ Álvarez-Palacios Arrigui, G.I. Las libertades fundamentales reconocidas por la UE, op, cit. p. 57

de origen, siendo aplicable la legislación de acogida en unos supuestos limitados ya previstos en la normativa de armonización¹³⁷.

Por último, la libre circulación de capitales, la cual hace referencia a la libre circulación de capital y pagos, se encuentra regulada en los artículos 63-65 y 75 TFUE, siendo relevante destacar la Directiva 2007/64/CE de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior. Cabe mencionar que el resto de libertades económicas ya reconocen cierta libertad de circulación de capitales, pues difícilmente podría conseguirse la consecución de un Mercado Único si, por ejemplo, el derecho de establecimiento no incluyese también el derecho a la libre circulación de capitales o incluso la libre circulación de mercancías. Ello demuestra lo interconectadas que se encuentran las libertades entre sí¹³⁸.

En lo que respecta al contenido de esta libertad económica, el artículo 63 TFUE establece que: “quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países”. En tal sentido, es preciso diferenciar los pagos corrientes del movimiento de capitales a los que hace referencia al citado artículo, siendo los primeros aquellos relacionados con los intercambios de mercancías, de servicios y de capitales. Los segundos, por su parte, son “operaciones financieras dirigidas esencialmente a la colocación o inversión del importe de que se trate sin que exista contraprestación”¹³⁹.

Una vez analizada la regulación de las cuatro libertades económicas fundamentales, así como su contenido, resulta preciso resaltar el hecho de que el artículo 36 TFUE establece la posibilidad de interponer “prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o

¹³⁷ Sarrión Esteve, J. La tutela de las libertades económicas fundamentales..., op. cit, p. 950.

¹³⁸ Álvarez-Palacios Arrigui, G.I. Las libertades fundamentales reconocidas por la UE, op, cit. p. 46.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 47

arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial”, a pesar de la prohibición de las restricciones cuantitativas, así como las medidas de efecto equivalente.

Finalmente, es el momento de examinar el papel que el TJUE ha jugado en la tutela y garantía de las cuatro libertades, siendo especialmente relevante la jurisprudencia relativa a las restricciones de la libre circulación de mercancías, pues ha sido la que más ha influido en las otras tres libertades. A este respecto cabe destacar la sentencia *Dassonville*, pues es en ella donde se precisa el concepto de medidas de efecto equivalente ya mencionado. Pues bien, la sentencia establece que las medidas de efecto equivalente hacen referencia a “toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario”, definición que también sirve para concretar la noción de restricciones justificadas. De esta manera, tiene que darse la concurrencia de dos elementos: que se trate de una medida estatal, independientemente del órgano del Estado del que sea fruto; y que produzca un efecto restrictivo sobre los intercambios intracomunitarios¹⁴⁰.

Esta sentencia supone que el TJUE puede controlar cualquier norma nacional que pueda afectar al mercado de forma potencial, incluso si afecta a ámbitos de competencia estatal, de forma que la norma en cuestión podría llegar a producir un fenómeno de “extensión y potenciación de sus efectos a ámbitos diferentes a los que estaba originalmente prevista”, lo que se denomina efecto *spillover*, y que puede llegar a influir de manera considerable en las regulaciones nacionales. Pero, sin duda, la importancia de la sentencia se debe a que sirve para intensificar el proceso de integración europea a través del mercado, potenciando la libre circulación de mercancías¹⁴¹.

A pesar de ello, también hay que tener en cuenta la evolución de la doctrina establecida en dicha sentencia a través de otras como el asunto *Keck y Mithouard*, en la que el TJUE redefine su jurisprudencia al pasar a considerar “que la aplicación a

¹⁴⁰ Sarrión Esteve, J. La tutela de las libertades económicas fundamentales..., op. cit, pp. 952-953.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 953.

productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville*, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros”. Esto es, el Tribunal pasa a aceptar restricciones que tengan efectos en todos los operadores comunitarios¹⁴².

Por otro lado, cabe mencionar la sentencia *Cassis de Dijon*, donde el juez europeo sentó el principio de que el artículo 30 del TCE (actual artículo 36 TFUE), en el que se establecen motivos para justificar restricciones a la libre circulación de mercancías, debe ser de aplicación a cualquier medida de nacional que impida la venta en un Estado miembro de cualquier producto elaborado y comercializado en otro de manera legal, incluyendo los supuestos en los que la medida nacional se aplique tanto a productos nacionales como importados¹⁴³. Ahora bien, lo interesante de esta cuestión es que, la doctrina a raíz de la cual los Estados miembros pueden imponer restricciones a la libre circulación de mercancías por motivos diversos, se ha extendido a las otras libertades del mercado. En este sentido, cabe mencionar la sentencia *Manfred Säger*, relativa a la libre circulación de servicios, la sentencia *Bosman*, relativa a la libre circulación de trabajadores o la sentencia *Gebhard*, relativa a la libertad de establecimiento¹⁴⁴.

Por lo tanto, una vez analizada brevemente parte de la jurisprudencia del TJUE relativa a la tutela de las libertades económica, cabe concluir con que las libertades económicas son protegidas *a priori*, ya que las restricciones adoptadas sobre las mismas deben ser proporcionadas y estar debidamente justificadas, pues se trata de valores fundamentales del proceso de integración europea. Esta jurisprudencia se ha elaborado sobre el principio de proporcionalidad, tratando de ponderar unos valores e intereses en

¹⁴² *Ibidem*

¹⁴³ Álvarez-Palacios Arrigui, G.I. Las libertades fundamentales reconocidas por la UE, op. cit., pp. 55-56.

¹⁴⁴ Sarrión Esteve, J. La tutela de las libertades económicas fundamentales... . op. cit, pp. 955-956.

conflicto, de manera que se pueda garantizar la doble dimensión de la integración europea: la económica y la social, resultando en una mayor protección de la primera¹⁴⁵.

III. LA DESCONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN: DE LA RESISTENCIA A LA DESNATURALIZACIÓN.

Antes de comenzar con el análisis de los derechos sociales en el Derecho de la Unión Europea, resulta necesario precisar que los mismos conforman una categoría constitucional vinculada al Estado social, llegando incluso al punto de singularizar el modelo. De la misma manera, constituyen uno de los elementos centrales de la constitución económica del Estado Social, pues hay que recordar que la misma se caracteriza por una relación entre la esfera pública y la privada basada en la intervención pública en la economía, imponiendo la redistribución como una pieza determinante en el funcionamiento del sistema. De modo que se trata de una categoría constitucional vinculada al Estado Social que tiene como referencia básica a esta forma de Estado, lo que comporta una especial dificultad para trasladarla a la realidad europea¹⁴⁶.

Esto implica que, a la hora de abordar la construcción de un espacio social europeo, hay que tener en cuenta los cambios introducidos a raíz de la nueva estructura constitucional comunitaria. Esto es, los derechos sociales son concebidos como mecanismos correctores del déficit social, lo cual inevitablemente implica la intervención en la economía y, por lo tanto, un condicionamiento del mercado. En definitiva, como ya se ha mencionado, se trata de una lógica propia del Estado Social y, por lo tanto, ajena al ordenamiento comunitario, pues lo que hace este es afirmar la centralidad del mercado y su protección¹⁴⁷.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 960.

¹⁴⁶ Maestro Buelga, G. (2000). Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7, 123-156, pp. 123-124.

¹⁴⁷ Lasa López, A. Derechos de conflicto y razones de mercado. *op. cit.*, p. 295.

Es por ello que el acercamiento a la integración social europea debe hacerse partiendo de la ruptura del vínculo social como elemento configurador de la constitución económica del Estado Social y su sustitución por el vínculo económico, lo cual implica una nueva dimensión normativa de los derechos sociales, así como un nuevo significado del concepto en el espacio europeo. Esto es, la creación de un sistema europeo de derechos sociales se contextualiza dentro un escenario de incompatibilidad entre la Constitución económica del Estado Social y la de la Unión Europea. De esta manera, el análisis sobre la evolución de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea debe hacerse en conexión con la constitución económica del Estado Social, pues solo así estos encuentran su sentido¹⁴⁸.

Cabe destacar que la integración social de la entonces Comunidad Europea no se entendió como un problema en un inicio, pues hay que recordar que esta nació con una orientación fundamentalmente económica, siendo su propósito el de crear un mercado único a través de la unión de intereses económicos. Ello comportaba la adopción de una serie de valores a través de las cuales facilitar la libre competencia entre los intervinientes en la formación de este mercado único: las recientemente analizadas libertades económicas fundamentales. Junto a dichas libertades, se adoptaron una serie de acuerdos con la finalidad de producir un acercamiento entre las políticas económicas de los Estados miembros iniciales. De esta manera, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas simplemente establecieron, “en términos jurídicos, los principios y reglas de funcionamiento de una economía de mercado regida por las libertades comunitarias y las normas de libre competencia”, dejando las políticas sociales en manos de los propios Estados y, diferenciando, de esta manera, dos espacios de actuación¹⁴⁹.

Entonces, hasta el Tratado de Maastricht, el proceso de incorporación formal de los derechos sociales en el ordenamiento comunitario se había limitado a una sutil recepción por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de “derecho social”, lo cual no suponía la introducción de los derechos sociales en el

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 296

¹⁴⁹ Pedro, X. (2009). Derechos sociales y Unión Europea. Historia de un desencuentro. *Astrolabio: Revista Internacional de Filosofía*, 9, 154.162, pp. 156-157

ordenamiento europeo, sino que se limitaba a una serie de normas de coordinación de origen comunitario del derecho social de los Estados miembro. A este respecto, resulta preciso mencionar el denominado “derecho blando”, el cual se encuentra introducido en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989 y que ejemplariza cierta acción, a pesar de no poder hablar de los derechos sociales en ella introducidos como una categoría análoga a la de los derechos sociales constitucionales incorporados por las constituciones sociales de la segunda posguerra¹⁵⁰.

Entonces, no sería hasta finales de los ochenta que los derechos sociales y su tutela por parte del ordenamiento jurídico europeo pasaron a adquirir relevancia, sobre todo, a raíz del Tratado de Maastricht y los imperativos económicos que en este se plasmaban. Esto es, el Tratado suponía el inicio de una deriva neoliberal del proceso de integración europea que no haría más que agravarse durante los años siguientes, pues en él es donde se constitucionalizan las políticas monetaristas, convirtiendo la estabilidad de los precios en la finalidad principal de la política económica de la Unión Europea¹⁵¹. El debate planteado a este respecto giraba en torno a la compatibilidad entre estos imperativos económicos por parte de la Comunidad y el mantenimiento del Estado Social en los países miembros de la Unión¹⁵².

Pues bien, ya situándonos a finales de la década de los 90, es el Tratado de Ámsterdam el que introduce un cambio cualitativo en este ámbito respecto a la situación anterior. Tanto en el Preámbulo como en el artículo 136 TCE (antes 117) se incorpora la misma fórmula de remisión: “La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989 (...)”. Con el tiempo, se ha podido observar que el reenvío que el Tratado realiza a los contenidos de los textos referidos ha

¹⁵⁰ Maestro Buelga, G. Constitución económica y derechos sociales..., op. cit., p. 125.

¹⁵¹ Pedro, X. Derechos sociales y Unión Europea. Historia de un desencuentro, op.cit., p. 158.

¹⁵² Maestro Buelga, G. Constitución económica y derechos sociales..., op. cit, pp. 124-125.

concluido, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, en un nivel de eficacia jurídica atenuado y poco efectivo¹⁵³.

Esto se debe a que la remisión que produce el texto a la Carta Social Europea y a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores no supone una auténtica interiorización de los derechos sociales por los Tratados, es decir, no basta para suplir la ausencia de una carta europea de derechos sociales. Además, a pesar de que parece que su inclusión en el Tratado les confiere el valor de objetivos de política social, lo cierto es que mantienen la eficacia propia del contenido de las Cartas, es decir, “indirecta y notablemente debilitada, sobre todo vista la interpretación jurisprudencial de los preceptos sobre política social”. De esta forma, el problema que se plantea en este punto es si, con base en esta situación, es posible construir un sistema de tutela de los derechos sociales análogo al creado en relación a los derechos fundamentales¹⁵⁴.

En este sentido, cabe mencionar el artículo 6.2 TUE: “Los derechos fundamentales que garantizan el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Según el citado precepto, los derechos fundamentales, o al menos aquellos que han tenido un desarrollo jurisprudencial, pasan a ostentar el estatus de principios generales del Derecho europeo, lo que, en definitiva, les dota de eficacia vinculante, a pesar de estar siempre delimitados por la propia estructura y objetivos de la otrora Comunidad. Pues bien, ni el Preámbulo ni el artículo 136 del Tratado de Ámsterdam otorgan tal estatus a los contenidos de la Carta Social Europea ni a los de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, y esto se deduce de la propia redacción de los preceptos analizados, pues resulta evidente que el citado artículo 6 TUE realiza una formulación notablemente más reforzada que el Tratado de Ámsterdam en este sentido. Esto se justifica en el hecho de que el artículo 6.2 TUE

¹⁵³ De Miguel Bárcena, J. (2008). Los derechos sociales en la Unión Europea. Comentario a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 1019-1034, pp. 1020-1021.

¹⁵⁴ Maestro Buelga, G. Constitución económica y derechos sociales..., op. cit, pp. 148-149.

constituye la sanción de un proceso jurisprudencial que se ha ido construyendo con el tiempo, lo que evidencia la importancia de la jurisprudencia al respecto, incluyendo el caso de los derechos sociales¹⁵⁵.

Por lo tanto, en lo que respecta al Tratado de Ámsterdam, cabe concluir admitiendo la extrema dificultad que supone la construcción de un sistema de protección de los derechos sociales comparable con el que cuentan los derechos fundamentales. Esto es, el Tratado “consolidó el sistema de protección de derechos fundamentales que ha sido construido jurisprudencialmente, sin embargo, los derechos sociales, desde el punto de vista del derecho originario, no lograron traspasar el umbral de normas programáticas subordinadas a la integración económica”¹⁵⁶.

Por último, cabe mencionar el Tratado de Lisboa como el último referente normativo en lo que respecta al proceso de integración europeo. En tal sentido, destaca el artículo 3.3 TUE, pues en él se incluyen una serie de objetivos de contenido social, siendo especialmente relevante la inclusión de la consecución del mercado interior en el mismo artículo. Esto es, el mercado interior abandona su anterior vinculación con la constitución de “un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores” en el artículo I-3 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004 (no ratificado), y pasa a incluirse junto con los objetivos de carácter social. Por un lado, esta situación podría implicar la voluntad de la Unión de cohesionar más los objetivos económicos y sociales, así como la de profundizar en el aspecto social de la interacción europea. Por otro lado, la presencia del mercado interior en el mismo artículo que los objetivos sociales podría actuar como un límite para los objetivos sociales, de manera que la integración económica se ve reforzada¹⁵⁷.

Partiendo de la segunda tesis, los objetivos sociales contenidos en el artículo 3.3 TUE se encuentran condicionados por el mercado interior, pues deben llevarse a cabo a

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 149

¹⁵⁶ De Miguel Bárcena, J. Los derechos sociales en la Unión Europea... *op. cit.*, p. 1021.

¹⁵⁷ Lasa López, A. Derechos de conflicto y razones de mercado. *op. cit.*, pp. 297-298.

través del mismo, así como de la Unión Económica y Monetaria y los contenidos del Protocolo sobre mercado interior y competencia. Esto se debe a la relación existente entre los fines y los medios, siendo que los segundos determinan los primeros. De esta manera, los medios de la Unión se encuentran estrechamente relacionados con la Unión Económica y Monetaria y los principios del mercado, lo que provoca la subordinación de los fines sociales a las exigencias del mercado para su ejecución. Por lo tanto, el precepto del artículo 3.3 TUE relativo a la “economía social de mercado altamente competitiva”, no supone realmente una socialización de los objetivos de la Unión como podría parecer en un primer momento, sino que debido a la propia lógica del modelo europeo, la citada formulación se desnaturaliza y lo que hace es evidenciar la subordinación de los objetivos sociales plasmados al mercado¹⁵⁸.

Por otro lado, cabe mencionar la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) o Carta de Niza, adoptada en el año 2000, la cual no entra en vigor hasta 2007, es decir, no adquiere carácter jurídicamente vinculante hasta que el Tratado de Lisboa se lo atribuye en su artículo 6.1: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Así pues, resulta necesario determinar el significado de dicha Carta, así como el nivel de eficacia de los preceptos sociales en ella previstos.

De esta manera, la Carta de Niza no tiene un significado por sí misma, solo lo adquiere en tanto en cuanto se incluye en los mecanismos a través de los cuales se lleva a cabo el proceso de integración europeo. Por consiguiente, es “su vinculación con las bases materiales de la integración comunitaria lo que permite determinar el verdadero alcance y significado de las disposiciones sociales que en ella se recogen, de los valores y objetivos que la informan y de los mecanismos previstos para su efectiva actuación”. Es por ello que la inclusión de los derechos sociales de la Carta en el ordenamiento jurídico europeo no implica la recuperación de los contenidos característicos del

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 298.

constitucionalismo social, pues en el momento en el que se constitucionalizan a nivel europeo pasan a vincularse con los valores de mercado que el modelo europeo viene incorporando desde sus orígenes¹⁵⁹.

De hecho, a través de un análisis particular de la “Solidaridad” como valor que informa al derecho de huelga en la Carta de Niza, se evidencia como el concepto ha pasado a carecer de aquella dimensión sustancial que permitía la introducción de mecanismos a través de los cuales corregir el mercado, pues ahora depende de él. Además, el empleo de la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el derecho y las legislaciones y prácticas nacionales”, del mismo artículo 28 que regula el derecho de huelga, demuestra como el trabajo pierde aquella subjetividad que había alcanzado a través de la dimensión política en las constituciones de posguerra. Esto es, se produce una remisión a las políticas, las cuales adquieren un papel central en lo que a la ejecución de los derechos sociales del Capítulo de la “Solidaridad” de la Carta de Niza respecta. Esto provoca que la eficacia de los citados derechos venga determinada por la voluntad legislativa de los Estados, lo cual no es una buena noticia, teniendo en cuenta la influencia que el ordenamiento comunitario ha tenido sobre las constituciones económicas nacionales. De esta manera, se puede inferir que la tutela de estos derechos se sitúa en la voluntad política tanto de los Estados miembros como de la Unión Europea, pero se trata de una voluntad fuertemente restringida por los valores de estabilidad monetaria y crecimiento económico¹⁶⁰.

Por otro lado, y para concluir, cabe mencionar el carácter excesivamente “vago y genérico” de los contenidos de la Carta, tal y como expresa el sector doctrinal más crítico a este respecto. Además, también ha que destacar la difícil ejecución de los objetivos en los que se estructuran los derechos sociales contenidos en la Carta de cara a las instituciones públicas y a los particulares que quieran accionar dichos derechos. Esto es,

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 299.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 300-301.

la mera formulación de la Carta evidencia que, más que preceptos con auténtica fuerza vinculante, parecen meras proposiciones programáticas¹⁶¹.

IV. LOS ¿CONFLICTOS? ENTRE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS Y EL DERECHO DE HUELGA: DE LA TENSIÓN A LA DILUCIÓN DEL CONFLICTO.

La relación entre las cuatro libertades económicas fundamentales y los derechos fundamentales en el marco del ordenamiento jurídico europeo es una que puede catalogarse como dual, pues tal y como indica la jurisprudencia del TJUE puede reconducirse a dos formas de interacción: una positiva o de apoyo y otra negativa o conflictual. En lo que respecta al primer tipo de relación, cabe mencionar los asuntos ERT (C-260/89) o *Familiapress* (C368-95), en los que el Tribunal de Justicia afirma la vinculación de los Estados miembros con los derechos fundamentales tanto cuando aplican el derecho comunitario, como cuando establecen excepciones a las obligaciones contenidas en los tratados de la Unión. Esto es, los Estados deben respetar los derechos fundamentales de los Estados miembros incluso en los supuestos en los que se propongan restringir una libertad económica fundamental de la Unión. De esta manera, los derechos fundamentales actúan como límites de las restricciones que los Estados miembros pudieran imponer sobre las libertades económicas, estableciéndose así una relación de complementariedad¹⁶².

Por su parte, la interacción negativa o conflictual, la cual resulta bastante más relevante en el presente análisis, solo puede solucionarse de dos maneras: admitiendo una relación de jerarquía entre libertades económicas y derechos fundamentales, resolviendo la misma bien a favor de los derechos fundamentales, bien de las libertades públicas, o rechazando la existencia de relación jerárquica alguna entre ambas categorías, enjuiciando el conflicto en un plano de igualdad. En este último caso se les estaría atribuyendo el mismo valor, de manera que si los Estados miembros restringen alguna

¹⁶¹ De Miguel Bárcena, J. Los derechos sociales en la Unión Europea... op. cit., p. 1021.

¹⁶² Cabrera Rodríguez, J. (2013) Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario. La jurisprudencia Viking y Laval. *Revista española de derecho constitucional*, 99, 371-428, pp. 376-377.

libertad económica fundamental para salvaguardar un derecho fundamental estarían aplicando directamente el derecho comunitario¹⁶³.

Por otro lado, en el supuesto de admitir la existencia de una relación de jerarquía entre libertades económicas y derechos fundamentales en favor de las primeras, habría que considerarlas como la regla general, la cual podría ser excepcionada por los derechos fundamentales. Esto es, la subordinación de los derechos fundamentales se manifestaría a través de la constitución, bien de restricciones a las libertades económicas, bien de excepciones a las obligaciones derivadas de los Tratados, las cuales podrían estar justificadas dependiendo de las circunstancias concretas. De esta manera, cabría entender que los derechos fundamentales pueden formar parte de las justificaciones previstas expresamente o que constituyen mandatos imperativos capaces de justificar excepciones a las libertades económicas. Asimismo, en el supuesto de que la relación de jerarquía se estableciese en favor de los derechos fundamentales, las libertades económicas se encontrarían subordinadas a los mismos, de manera que estos prevalecerían en todo momento¹⁶⁴.

La solución a esta cuestión la ofrece, por supuesto, el Tribunal de Luxemburgo a través de sus sentencias sobre diversos conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales. Merecen especial atención dos casos concretos, en los cuales el TJUE enjuicia el conflicto entre las libertades económicas y el derecho de huelga: el caso Viking (C-438/05) y el caso Laval (C-341/05). Ambas sentencias parten de un reconocimiento del derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo, entre las cuales se incluyen el derecho de huelga, pero la cuestión gira en torno a si estas medidas adoptadas por los trabajadores son legítimas o no cuando pueden condicionar las libertades económicas.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 380

¹⁶⁴ Sarrión Esteve, J. Los conflictos entre libertades económicas y derechos ..., *op. cit.*, pp. 383-384.

Comenzando por la sentencia Viking, el supuesto de hecho tiene como protagonista a la empresa finlandesa de transportes con transbordadores Viking Line, la cual cuenta con siete buques en su flota, entre los cuales se encuentra el Rosella, que opera bajo pabellón finlandés. Esta empresa quiso trasladarse a Estonia (cambiando el pabellón del Rosella), Estado en el que también ejercía su actividad, debido a las condiciones laborales más flexibles y los sueldos más bajos. Consecuencia de ello fue la reacción del Sindicato de Marineros Finlandeses (FSU), apoyado por una federación internacional de sindicatos (ITF) al que se encuentra afiliada la tripulación del Rosella, que intentó evitar la rebaja salarial de los trabajadores amenazando con convocar huelgas y boicots a la empresa.

Finalmente, el FSU decide convocar una huelga con el objetivo de que se aumente en siete el número de trabajadores del Rosella y de que se abandone el proyecto de cambio de pabellón del mismo buque. Esto se debe a la expiración del convenio negociado para el Rosella, por lo que ya no encontraba sometido a la obligación de paz social propio del Derecho finlandés. Viking demandó al sindicato ante los tribunales de Londres, solicitando la retirada de las circulares internas de solidaridad que contenían las instrucciones para llevar a cabo los conflictos colectivos.

Cuando el asunto llegó a la *Court of Appeal*, esta decidió suspender el procedimiento y presentar ante el juez europeo diversas cuestiones prejudiciales, siendo especialmente relevantes aquellas que versan sobre el alcance de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, a si la adopción de las medidas de conflicto colectivo supone restricciones a dicha libertad y al efecto directo horizontal de la misma.

A este respecto, el TJUE reconoce que, las medidas de conflicto colectivo que tienen el objetivo de que una empresa privada celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede impedir que la misma decida ejercer la libertad de establecimiento, no se encuentran excluidas de ámbito de aplicación de la citada libertad. Por otro lado, el Tribunal de Luxemburgo reconoce que, el derecho a adoptar medidas de conflicto

colectivo, incluyendo el derecho de huelga, constituye un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, a pesar de que su ejercicio puede estar sometido a restricciones. Sin embargo, también reconoce que tales derechos podrían justificar la restricción de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado bajo el respeto del principio de proporcionalidad, resultando que la protección de los trabajadores se encuentra entre las razones imperiosas de interés general ya reconocidas por el Tribunal. De esta manera, las medidas de conflicto podrían excusar la restricción de la libertad de establecimiento, en este caso, si se comprobara que los empleos o las condiciones laborales en cuestión se encontraban comprometidos o seriamente amenazados, cuya apreciación el juez europeo deja en manos del juez nacional.

De esta manera, el TJUE parece haber abordado el conflicto entre derechos fundamentales y libertades económicas a través de una equiparación de estatus entre ambos, lo cual implica una ponderación entre dos valores equivalentes capaces de restringirse mutuamente. Esto es, en un principio resulta difícil ver una relación de jerarquía entre las categorías en conflicto, pues no parece ser posible observar que el derecho de huelga se encuentre subordinado a la libertad de establecimiento, siendo que el Tribunal resuelve el caso a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, a pesar de que no llega a terminar de hacerlo. Sin embargo, parte de la doctrina deduce que existe una subordinación de los derechos sociales de conflicto a las libertades económicas, siendo ello consecuencia del propio reconocimiento de los mismos como derechos fundamentales y, por lo tanto, principios generales del derecho comunitario. Esto se debe a que entiende que dicho reconocimiento constituye “la premisa necesaria para sujetar la acción sindical a las reglas del derecho comunitario”, siendo así que las libertades económicas se imponen a los derechos fundamentales¹⁶⁵.

En este sentido, Lasa López, entiende que la remisión del TJUE al test de proporcionalidad evidencia la asimetría existente en la relación entre el derecho de huelga y las libertades económicas. Esto es, la valoración judicial del alcance de la restricción

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 402-403.

pasa de las modalidades del ejercicio de la huelga a la propia finalidad de la misma, de manera que lo que realmente se está evaluando es el efecto restrictivo sobre la libertad económica y no si el ejercicio del derecho respeta los límites externos. La autora habla de un límite unilateral, no recíproco, siendo que la libertad económica, además de ser inmune al derecho de huelga, “al configurarse como una limitación a la propia finalidad de la acción colectiva impone una revisión de los límites internos del derecho de huelga del constitucionalismo social que termina por desnaturalizarla”. Por lo tanto, la constitución económica europea basada en la economía de mercado abierta y de libre competencia instituida en los Tratados ve su reflejo en la propia concepción de las libertades económicas y las limitaciones al derecho de huelga¹⁶⁶.

En lo que respecta a la eficacia horizontal de la libertad de establecimiento, ésta hace referencia a si dicha libertad puede conferir derechos a una empresa privada que esta pueda oponer ante un sindicato o asociación de sindicatos. La respuesta del TJUE ante a cuestión es afirmativa, pues entiende que, en las circunstancias concretas, una empresa privada puede invocar el artículo 43 CE directamente contra un sindicato. Justifica dicha decisión en el hecho de que, las medidas de conflicto colectivo emprendidas por el FSU y la ITF, tienen el objetivo de concluir un convenio que debe regular el trabajo de los asalariados de Viking de forma colectiva, siendo que dichos sindicatos no constituyen entidades de Derecho público y que ejercen la autonomía jurídica reconocida por el derecho nacional.

La eficacia horizontal de las libertades económicas supone que las mismas pasan a limitar la autonomía de los sujetos privados y no solo las facultades de las autoridades nacionales. El argumento para ello es que los actos de estos sujetos privados también tienen el potencial de poner en peligro los objetivos de las disposiciones que regulan las libertades económicas, por lo que resulta lógico no permitirles actuar sin tener en consideración los derechos derivados de dichas disposiciones para el resto de particulares. En el caso Viking, se reconoce la eficacia horizontal de las disposiciones sobre libertad económica para proteger la propia finalidad de las mismas, es decir, la de garantizar la

¹⁶⁶ Lasa López, A. Derechos de conflicto y razones de mercado. op. cit, p. 329.

libre circulación entre los Estados miembros en un mercado de libre competencia, la cual se consigue mediante la concesión de derechos a los operadores del mercado. De esta manera, las asociaciones sindicales pasan a formar parte de la órbita de la libre prestación de servicios, ya que se trata de la manifestación de la integración política del trabajo¹⁶⁷.

Por otro lado, la sentencia Laval, al igual que la sentencia Viking, versa sobre las medidas de conflicto colectivo iniciadas por una asociación sindical frente a una empresa privada que pretendía utilizar las libertades económicas fundamentales de la Unión para obtener las ventajas competitivas que suponen pagar salarios más bajos a sus trabajadores. Pues bien, este asunto trata sobre Laval, una sociedad letona con domicilio social en Riga que desplazó aproximadamente a treinta y cinco trabajadores a Suecia para la realización de unas obras contratadas por la sociedad sueca Baltic, sociedad de la que Laval tenía el 100% de su capital hasta 2003. Laval había firmado convenios colectivos con el sindicato de los trabajadores de la construcción letón, pero no con los sindicatos suecos, los cuales no contaban con ningún afiliado entre los empleados de Laval.

En junio de 2004 se establecieron negociaciones entre uno de los sindicatos suecos y las empresas Laval y Baltic para la adhesión de Laval al convenio colectivo sueco de la construcción, en las cuales esta pidió que los salarios y demás condiciones laborales se definieran de forma paralela a las negociaciones, a lo cual el sindicato accedió. Sin embargo, hubo desacuerdo en lo que respecta al cálculo de la retribución, la cuantía y las cantidades adicionales consecuencia de la aplicación del convenio, por lo que no fue posible llegar a un acuerdo. Es por ello que se iniciaron medidas de conflicto colectivo contra Laval, las cuales ya fueron anunciadas durante las negociaciones fallidas.

En noviembre de 2004 se llevó a cabo un bloqueo de las obras, empleando piquetes de huelga e impidiendo la entrega de mercancías y la entrada de trabajadores letones en el lugar de las obras. Estas medidas se intensificaron más adelante, y el sindicato sueco de electricistas inició una acción de solidaridad, de manera que las empresas suecas pertenecientes a la organización patronal de los instaladores eléctricos no pudieron prestar

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 324.

servicios a Laval. Finalmente, en enero de 2005 otras organizaciones sindicales anunciaron acciones de solidaridad, las cuales consistieron en un boicot a todas las obras emprendidas por Laval en Suecia, de modo que la empresa ya no pudo seguir ejerciendo sus actividades allí, por lo que el municipio de Vaxholm, que es donde se llevaban a cabo las obras, solicitó la resolución del contrato que le vinculaba con Baltic.

Entonces, fue en diciembre de 2004 cuando Laval decidió demandar a los tres sindicatos suecos ante el *Arbetsdomstolen* (Tribunal de trabajo sueco) con el fin de que se declarara la ilegalidad tanto del bloqueo de las actividades como de la acción de solidaridad, así como que se condenara a los sindicatos a indemnizar el perjuicio sufrido. Ante las dudas en torno a la compatibilidad de las medidas de conflicto colectivo con las disposiciones comunitarias sobre libre circulación de servicios y prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, el órgano jurisdiccional sueco optó por plantear una cuestión prejudicial.

El TJUE resolvió el caso de forma similar al asunto Viking, estableciendo que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo puede constituir una restricción justificada a las libertades económicas, debido a su carácter de derecho fundamental. A este respecto, las organizaciones sindicales demandadas y el gobierno sueco alegaron que las restricciones en cuestión se encontraban justificadas debido a que eran necesarias para garantizar la protección de un derecho fundamental y porque, además, tenían como finalidad la protección de los trabajadores, la cual constituye una razón imperiosa de interés general. Sin embargo, el juez europeo decidió que las medidas de conflicto colectivo adoptadas por los sindicatos no están justificadas. Esto es, entendió que las medidas de conflicto colectivo que tienen por objetivo la adhesión de una empresa establecida en Letonia al convenio colectivo sueco de la construcción suponen un obstáculo que no puede justificarse a la luz de tal objetivo.

A diferencia de lo que ocurrió con el asunto Viking, el TJUE sí termina de aplicar el test de proporcionalidad en la sentencia Laval, y lo hace decidiendo que la medida

restrictiva de la libre circulación de servicios en cuestión es contraria al Tratado. Lo cierto es que se trata de una sentencia muy criticada por un amplio sector doctrinal arguyendo que “supone una restricción de los derechos sociales de los trabajadores, y una intromisión en las políticas sociales muy vinculadas a la sensibilidad de los Estados miembros”. De hecho, Sarrión Esteve considera insuficiente la sustentación del TJUE a la hora de resolver, ya que, dado el carácter de derecho fundamental de la acción colectiva, debería haber optado por dejar la resolución definitiva del caso en manos del juez nacional, tal y como hizo en el caso Viking.¹⁶⁸

Cabe mencionar que, en esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo también atribuye eficacia horizontal a las libertades económicas respecto a las regulaciones establecidas por particulares, atribuyéndosela a la libre prestación de servicios. En tal sentido, el Abogado General Mengozzi ya reconoció la incoherencia de dicha atribución en sus conclusiones sobre el caso. En particular, “Admito de buen grado que el presente asunto difiere de las situaciones enjuiciadas en las sentencias en que el Tribunal de Justicia ha declarado hasta ahora que el artículo 49 CE era aplicable a los actos de las personas privadas. En tales asuntos, en efecto, lo que se examinaba es la legalidad de los reglamentos u otras normas establecidas por las entidades de que se trataba. En cambio, en el presente asunto, lo que se enjuicia es el ejercicio por parte de las organizaciones sindicales de su derecho a emprender una acción colectiva contra un prestador de servicios extranjero con el fin de obligarle a suscribir un convenio colectivo sueco”. A pesar de ello, se desprende rápidamente del problema en el siguiente párrafo, afirmando que: “esa diferencia únicamente tiene importancia para determinar si las medidas de conflicto colectivo controvertidas constituyen un obstáculo a la libre prestación de servicios, siendo irrelevante a efectos de saber si las organizaciones sindicales están en principio obligadas a respetar las prohibiciones enunciadas en el artículo 49 CE”. De esta manera, parece ser imposible sostener la existencia de un test metodológico autónomo que permita determinar el ámbito subjetivo de aplicación de las libertades económicas, ya que los conceptos que el TJUE utiliza para justificar el reconocimiento de la eficacia horizontal de las libertades económicas, tales como el de “autonomía normativa” o “poder

¹⁶⁸ Sarrión Esteve, J. Los conflictos entre libertades económicas y derechos ..., op. cit., pp. 404-405.

de regulación”, lo que hacen es evidenciar la capacidad de determinados sujetos privados de obstaculizar dichas libertades¹⁶⁹.

Lo que hace el Tribunal de Luxemburgo en ambas sentencias es “renunciar a una sistematización general del ámbito subjetivo de aplicación y expansión de las libertades económicas mediante un proceso de objetivación”. Esto es, de la jurisprudencia analizada se desprende que no es necesario analizar quién es el sujeto que restringe la libertad económica en cuestión o tiene capacidad para hacerlo, bastando meramente con que la misma se vea potencialmente amenazada en su realización para declarar que los actos que lo hagan son contrarios al Derecho de la Unión. De esta manera, resulta indiferente si el sujeto en cuestión es un sindicato o si está amparado por su normativa nacional¹⁷⁰.

En lo que respecta a la resolución del conflicto entre los derechos fundamentales y las libertades económicas, a pesar de que parte de la doctrina niega que los asuntos Viking y Laval supongan la subordinación de los primeros a las segundas, no son pocos los autores que sostienen que el juez europeo ha terminado por articular la relación de conflicto entre ambos en torno a un principio de jerarquía que se resuelve a favor de las libertades. En tal sentido, cabe destacar la posición al respecto del abogado general Trstenjak en las Conclusiones de la sentencia C-271/08: “El planteamiento seguido en las sentencias Viking y Laval, según el cual los derechos sociales fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario no justifican por sí mismos la restricción de una libertad fundamental –habida cuenta del principio de proporcionalidad, sino que debe comprobarse siempre la existencia de una causa de justificación escrita o no escrita comprendida en ese derecho, no se aviene con el principio de igualdad de rango de los derechos fundamentales y las libertades fundamentales. Semejante enfoque analítico sugiere la existencia de una relación jerárquica entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales en la que estos últimos están supeditados a las primeras, a las que sólo pueden restringir si concurre una causa de justificación, escrita o no escrita”¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cabrera Rodríguez, J. Derechos fundamentales y libertades económicas..., op. cit., p. 395.

¹⁷⁰ Moreno González, G. (2014). Viking y Laval en el contexto del pluralismo constitucional y la posibilidad de diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Foro: revista de derecho*, 22, 108-132, p. 119.

¹⁷¹ Cabrera Rodríguez, J. Derechos fundamentales y libertades económicas..., op. cit., p. 400.

De modo que, la crítica principal a ambas sentencias gira entorno a que los derechos fundamentales no son, por sí mismos, justificación suficiente para restringir una libertad económica. De esta forma, solo adquieren este carácter justificativo en tanto en cuanto se categorizan como causas generales de justificación reconocidas por el derecho comunitario. Dichas causas pueden estar expresamente previstas en los Tratados o no, siendo este último caso el de las razones imperiosas de interés general o el *mandatory requirements*, las cuales han sido reconocidas por la jurisprudencia¹⁷².

En este sentido, el ordenamiento jurídico comunitario no considera que aquellas huelgas proclamadas con base en las reivindicaciones relativas al conjunto intereses comunitarios de los trabajadores recogidos en el artículo 3.3 TUE (“alto nivel de empleo y de protección social”), así como a los objetivos de política social indicados por el artículo 151 TFUE (“el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”), constituyan causa de justificación para restringir las libertades fundamentales. Es decir, en el ordenamiento jurídico europeo no se considera que la huelga sea el instrumento preciso para la consecución de las finalidades mencionadas. De esta forma, solo se admite un tipo de huelga contractual, que además debe ser limitada, debido a la necesidad de compatibilidad con las exigencias de eficacia y competitividad empresariales¹⁷³.

Por ende, la huelga en el ámbito comunitario se configura como un derecho condicionado, ya que las libertades económicas fundamentales determinan su contenido. Así, la huelga se desvincula de su configuración como derecho fundamental de los trabajadores en el constitucionalismo social, pues en caso de restringir las libertades económicas estaría atentando contra los principios fundamentales del constitucionalismo comunitario, basado en la centralidad del mercado, de forma que resulta preciso garantizar que el ejercicio del derecho no incida de forma negativa sobre el

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Lasa López, A. Derechos de conflicto y razones de mercado. op. cit., pp. 328-329.

funcionamiento del mercado. Por lo tanto, cabe concluir con que la función constitucional del derecho de huelga sufre una regresión dentro del ámbito comunitario, consecuencia del impulso de la centralidad del mercado y el debilitamiento del sistema de garantías de las acciones colectivas nacionales, efecto de la maximización de la competencia como principio fundamental del constitucionalismo europeo de mercado¹⁷⁴.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 330-331

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

A lo largo de esta reflexión se ha llevado a cabo un análisis del derecho de huelga a través de la perspectiva metodológica de las formas de Estado, para tratar de evidenciar, desde este soporte metodológico, la desnaturalización que ha experimentado el derecho desde su configuración iniciática en la forma de Estado Social, pasando por la crisis de esta forma de Estado, momento en el que comienzan a manifestarse los primeros síntomas que desvirtúan las bases materiales del constitucionalismo social; hasta la actual forma de Estado, el Estado-mercado que se define por su confrontación con las bases determinantes del surgimiento del Estado social. Todo ello, partiendo de la premisa de que la huelga se encuentra inherentemente vinculada al Estado Social, pues es en sus bases materiales donde halla los elementos esenciales que la configuran como el derecho del conflicto por antonomasia.

En el Estado social se puede observar una configuración dinámica del derecho de huelga, consecuencia de su conexión con el conflicto, lo que implica que supera el ámbito de las relaciones laborales y ubica su ejercicio en el contexto de un orden de reproducción social del capital con el que se confronta de forma permanente, pero desde los límites del diseño constitucional. Es decir, el derecho de huelga materializa las dimensiones económica y política del Trabajo como sujeto del nuevo orden del constitucionalismo social. Esto permite al Trabajo confrontarse con las asimetrías del conflicto distributivo y canalizar sus demandas en el propio marco constitucional.

La Constitución italiana de 1947, como paradigma a través del cual las bases materiales del Estado Social se manifiestan con mayor claridad, evidencia esta realidad mediante su regulación constitucional del derecho de huelga, pues prácticamente legitima las huelgas con objetivos de carácter económico-profesional que tengan al gobierno y sus políticas como parte adversa. Es aquí donde se advierte esa configuración dinámica a

través de la cual la huelga sirve de instrumento de defensa de la subjetividad política del trabajo.

Por lo tanto, tiene lógica que, a raíz de la crisis del Estado social, el derecho de huelga comience a desvirtuarse, consecuencia de la debilitación del trabajo, que pasa a desconstitucionalizarse como sujeto político y reconfigurarse como factor de producción. Esto es, se produce el vaciamiento de aquellos elementos que permitían que el trabajo se configurase como sujeto político y jurídico. Esta situación queda evidenciada en el ámbito legislativo de los Estados, los cuales, mediante normativa infraconstitucional llevan a cabo reformas laborales donde se produce una fragmentación de las tipologías contractuales, siendo la inestabilidad la característica común de estas nuevas formas. De esta manera, la inestabilidad se convierte en un elemento esencial dentro del marco de las relaciones de producción, provocando la pérdida de capacidad de negociación de la clase trabajadora y la ruptura del pacto entre capital y trabajo. Es decir, el trabajo ya no se coloca en pie de igualdad en el conflicto, pues al perder su carácter de sujeto político pierde también aquellos instrumentos de los que se servía para reequilibrar su posición en el conflicto y hacer efectivos sus intereses. Por lo tanto, se vuelve a producir una subordinación del trabajo al capital que recupera, en cierta medida, las teorizaciones del liberalismo económico.

Muestra de ello es la pérdida de esa configuración dinámica por la que la huelga se caracterizaba en el Estado Social de la posguerra y que la vinculaba directamente a las bases materiales de esa forma de Estado, al pacto entre capital y trabajo establecido desde la perspectiva del conflicto, pasando a adquirir una posición estática donde los únicos espacios donde puede hacerse efectiva son los propios de las relaciones de trabajo. En este caso, como modelo paradigmático del Estado social en crisis se encuentra la Constitución española de 1978, en la que los elementos privatistas obtienen una relevancia determinante y se comienzan a mostrar esos factores que desvirtúan y desnaturalizan el derecho de huelga.

Prueba tal configuración estática del derecho de huelga se encuentra en la interpretación que hace el tribunal Constitucional español sobre el mismo, al establecer las huelgas de solidaridad como límite de la amplitud del derecho, rechazando de plano la legalidad de las huelgas políticas. Esto es, el Tribunal lo que hace es limitar el ejercicio de la huelga a las relaciones de trabajo, desvirtuando de esa manera la concepción sustancial del derecho, ya que tal limitación impide que el trabajo pueda ver reequilibrada su posición en el conflicto. De esta manera, a través de la experiencia española queda confirmada la pérdida de aquellas garantías que permitían que el trabajo se constituyera como sujeto político, así como la reconfiguración del mismo como factor de producción.

Finalmente, se produce la ruptura de la forma de Estado social y el surgimiento de una nueva, el Estado-mercado. Esta nueva forma de Estado constituye la consolidación de la concepción iniciática que se produce durante la crisis del Estado Social respecto a la desnormativización del trabajo como protagonista de las bases materiales del Estado Social, produciéndose el vaciamiento definitivo de aquellos elementos que permitían al trabajo configurarse como un sujeto político.

En este sentido, es el espacio europeo donde la consolidación de estos elementos se refleja con mayor nitidez, pues a través de diversos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo se puede observar la completa desnaturalización de la huelga como derecho de conflicto. Esto es, la Unión Europea configura la huelga como un derecho condicionado, subordinado a las libertades económicas, es decir, a los principios fundamentales de un constitucionalismo europeo basado en la centralidad del mercado y sus coordenadas de la estabilidad macroeconómica y la ortodoxia monetaria. De esta manera, el mercado, como elemento central del sistema, provoca un menoscabo de los derechos laborales nacionales conectados al constitucionalismo social, generando una dinámica en la que la pérdida de subjetividad política por parte del trabajo termina por asentarse de forma definitiva.

Además, en esta nueva forma de Estado surge la paradoja de que los derechos sociales prestacionales, los cuales se encuentran vinculados al trabajo como factor de cohesión, pierden relevancia, al contrario que los derechos sociales asistenciales, que adquieren una centralidad determinante. Estos derechos pasan a estar dirigidos a una masa aún mayor de trabajadores, para los que el salario no les es suficiente para mantener unas condiciones mínimas de subsistencia dignas, debido a que el trabajo pierde esa caracterización de factor de cohesión social que tenía.

Esto genera una contradicción con la teoría del constitucionalismo de mercado, pues el mercado no es un orden espontáneo capaz de generar riqueza y bienestar, sino que es un instituto que a lo largo de la historia ha sido gestionado y garantizado por y desde el poder político, y, si no se limita desde la perspectiva constitucional, produce una pérdida de cohesión social, de legitimación de las instituciones públicas. Es aquí donde nos encontramos con la figura del precariado, la cual adopta rostro femenino o masculino en función del sector productivo en el que nos ubiquemos. Se trata del reflejo de esta debilitación del trabajo, que ya no es suficiente para garantizar unas condiciones mínimas que permitan a los sujetos trabajadores poder participar de las dinámicas de la sociedad, viéndose obligados a acudir a los derechos sociales asistenciales, al ámbito de la subsistencia.

Por lo tanto, lo que sucede en la actualidad es que la huelga ve afianzada esa configuración estática que se venía avanzando durante la crisis del Estado Social, e incluso en la concepción vinculada a las mejoras de las condiciones de trabajo, ve vaciado su contenido debido a que las relaciones entre factores de producción se encuentran cada vez más remercantilizadas.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudo Zamora, M.J. (2016). Reforma Constitucional y nuevo paradigma del estado Social. De la ordenación contingente a la organización consciente del bienestar. *Colección Actualidad (Centro de Estudios Andaluces)*, 74, 1-47.
- Álvarez-Palacios Arrigui, G.I. (1994-1995). Las libertades fundamentales reconocidas por la UE. Especial referencia a la sentencia Gebhard. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 12-13, 43-70.
- Balaguer Callejón, M.L. (1991). El contenido esencial del derecho de huelga. *Revista de derecho político*, 34, 123-142.
- Birgillito, M. (2019). *La huelga en los servicios esenciales desde una perspectiva comparada. Italia y España*. Bomarzo.
- Cabrera Rodríguez, J. (2013) Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario. La jurisprudencia Viking y Laval. *Revista española de derecho constitucional*, 99, 371-428.
- De Miguel Bárcena, J. (2008). Los derechos sociales en la Unión Europea. Comentario a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 1019-1034.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (2003). El Estado social. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69, 130-180.
- Freixes Sanjuan, T. (1986). La huelga y sus garantías constitucionales (Algunas reflexiones sobre el contenido del artículo 28.2 y su inserción en el sistema de garantías de la Constitución de 1978). *Revista de Derecho Político*, 22, 223-238.
- García Herrera, M.A. (1997). *El constitucionalismo en la crisis del estado social*. Universidad del País Vasco.
- González, M.C. (2006). Flexibilización de las relaciones laborales: Una perspectiva teórica postfordista. *Gaceta Laboral*, 12(1), 33-69.

- Gómez Ferrer Morant, R. (2016). La Unión Europea y el Estado Social. *Revista de administración pública*, 200, 63-81
- Kuri Gaytan, A. (2009). Globalización, estado y nueva geografía productiva. *Paradigma económico*, 1, 54-71.
- Lasa López, A. (2010). Derechos de conflicto y razones de mercado. Caracterización jurídica de la huelga en el Derecho comunitario europeo. *Revista De Derecho Constitucional Europeo*, 13, 291-338.
- Maestro Buelga, G. (2000). Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7, 123-156.
- Maestro Buelga, G. (2017). El Estado Social 40 años después. *Revista de derecho político*, 100, 769-798.
- Maestro Buelga, G. (2002). *La Constitución del trabajo en el Estado Social*. Comares.
- Matia Portilla, F.J. (2000). La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 60, 343-350.
- Martín Valverde, A. (1979). El derecho de huelga en la Constitución de 1978. *Revista de Política Social*, 121, 227-253.
- Marzal, A. (2005). *La huelga hoy en el derecho social comparado*. Esade, Facultad de Derecho. Disponible en: <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/ereader/eHu/52240> (último acceso 12.05.2021).
- Monereo Pérez, J.L y Ortega Lozano, P.G. (2019). *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*. Aranzadi.
- Moreno González, G. (2014). Viking y Laval en el contexto del pluralismo constitucional y la posibilidad de dialogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Foro: Revista de Derecho*, 22, 108-132.
- Montoya Melgar, A (2004). El Trabajo en la Constitución. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 0, pp. 9-32.

- Noguera Fernández, A y Guamán Hernández, A. (2014). *Lecciones sobre estado social y derechos sociales* (Ser. Manuales). Tirant lo Blanch.
- Pedro, X. (2009). Derechos sociales y Unión Europea. Historia de un desencuentro. *Astrolabio: revista internacional de filosofía*, 9, 154-162.
- Porret Gelabert, M. (2009). La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en países desarrollados. *Revista técnico laboral*, 122, 565-631.
- Sarrión Esteve, J. (2011). Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea. *Revista de político*, 81, 379-412.
- Sarrión Esteve, J. (2014). La tutela de las libertades económicas fundamentales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho UNED*, 14, 935-971.