

El derecho de huelga: ¿Un derecho fundamental excepcional?

The right to strike: An exceptional fundamental right?

Leonardo J. AMBESI*

RESUMEN: Como consecuencia de las limitaciones que encuentran las personas con discapacidad para el acceso al empleo ordinario, el autoempleo y el emprendimiento constituyen la alternativa por la que se opta, a fin de incorporarse al área ocupacional productiva. Se analiza en este trabajo las principales iniciativas en España dirigidas al fomento del emprendimiento y se aportan las principales actuaciones y resultados obtenidos por el Grupo de Investigación en cuanto al fomento del emprendimiento de las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; derecho de huelga; OIT; daño; excepción.

ABSTRACT: This article reflects on the right to strike as a fundamental right, especially after the discussions held at the International Labor Conference in 2012. In this regard, the legal-political character of the phenomenon is highlighted, as an expression of collective private autonomy that competes in demonstration of power with state sovereignty. It also analyses its structural problems in relation with other rights of freedom, to advance understanding it, towards the analogous idea of “state of exception”. The doctrine of the Committee on Freedom of

* Doctor en Derecho (Univ. Austral), Departamento de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Austral, contacto:<lambesi@austral.edu.ar>. Fecha de recepción: 30/11/2018. Fecha de aceptación: 02/02/2019.

Association of the ILO and the efforts of the states to model the exercise of the right to strike at the local level seem to be better explained by this exceptionality.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Right to Strike; ILO; harm; exception.

I. INTRODUCCIÓN

Pocos fenómenos provenientes de las relaciones laborales resultan tan fascinantes para su estudio como la huelga. La confluencia de acciones y defensas individuales y colectivas, su ejercicio durante la vigencia del vínculo, sus efectos más allá del trabajo, entre otros elementos, hacen de la huelga un atractivo objeto de investigación jurídica, aunque sus componentes políticos también planteen fuertes limitaciones para su completo entendimiento.

Su sitial en la cúspide de los derechos fundamentales laborales parecía inmovible, a tenor del desarrollo seguido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que lo incorporó a su canon de derechos económicos y sociales de goce y respeto plenos. Sin embargo, el resultado de la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2012 en este tema obliga a repasar el status del derecho de huelga como un derecho fundamental de ejercicio regular.

La hipótesis que aquí se propone invita a reflexionar sobre el carácter excepcional de la huelga como derecho, en tanto refleja un período de tensión que se suscita entre la soberanía pública estatal y la autonomía privada colectiva. En efecto, la imagen de un derecho fundamental al daño (limitado), de características universales, no termina de ser aceptada por el campo jurídico-político, quien propugna regresar el tratamiento de la cuestión desde nivel internacional al nivel local. Ante esas condiciones, resulta necesario indagar en la estructura del derecho fundamental de huelga para determinar sus componentes y corroborar si, antes que un derecho de la normalidad social, constituye una excepción al uso de la fuerza no violenta, aceptada por el orden jurídico para su ejercicio controlado.

En su trama metodológica se han empleado en este artículo herramientas provenientes del Derecho del Trabajo, pero también del Derecho Constitucional, del Derecho Internacional, de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política. La multiplicidad de

fuentes ha colaborado para alumbrar aquellos lugares que no son tránsito frecuente para la especialidad iuslaboral, enriqueciéndose de esta manera con otros aparatos conceptuales.

El trabajo se inicia con una referencia a los términos en que se define el derecho de huelga y las dificultades que ha tenido su recepción expresa o implícita en el ámbito internacional, hasta llegar a lo sucedido en la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT en el año 2012. Desde allí se profundiza el estudio del derecho de huelga como derecho fundamental, para observar que la cuestión en debate trasciende la ausencia de su mención textual en determinados instrumentos internacionales. Con ello se somete el fenómeno de la huelga a la idea del estado de excepción, desarrollada por Schmitt y revisada posteriormente por Agamben y otros autores. Finalmente, se regresa al nivel jurídico internacional para cotejar la definición brindada por el Comité de Libertad Sindical sobre la huelga y desgranar sus componentes. La conclusión remite a un estadio meta – jurídico del derecho de huelga, brindándose ejemplos concretos de su excepcionalidad, donde lo jurídico y lo político se entrelazan de manera frontal. Desmerecer la importancia de esta evidencia política pone en riesgo la viabilidad de cualquier proyección que se pretenda realizar desde lo jurídico. En palabras de Vigo, se trata de una de las necesarias “impurezas” presentes en el derecho que debe ser considerada para no caer en un reduccionismo que inhiba la comprensión integral del tema¹. A ello apunta este artículo.

¹ VIGO, Rodolfo Luis, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2015, pp. 248-249.

II. SOBRE LA CONCEPTUALIZACIÓN Y LOS PROBLEMAS TEXTUALES DE RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

A diferencia de otros derechos laborales cuya naturaleza protectoria no genera dificultades conceptuales, la aceptación por el sistema jurídico de un medio de presión ejercido por una parte sobre la otra en el contrato de trabajo resulta ajeno a las reglas que imperan en las relaciones civiles. No estamos aludiendo aquí a la antigua *exceptio non adimpleti contractus*, sino al poder de un sujeto para provocar un menoscabo en los intereses o expectativas prestacionales del otro, con miras a obtener una satisfacción a sus pretensiones. La célebre apreciación brindada por Ermida Uriarte, para quien resulta muy difícil aplicar a la huelga los institutos civilistas como la excepción de incumplimiento contractual, por ser la huelga el “(...) fenómeno más atípico de la parte más atípica del derecho más atípico (...)”², preanuncia la escarpada geografía del objeto en estudio.

La historia es conocida y reiterada por la literatura especializada. En su evolución jurídica, la huelga transitó sucesivas etapas: se la consideró un delito a reprimir, pasó luego a ser vista como un hecho social pasible de tolerancia, y más tarde elevada a la categoría de un derecho merecedor de una especial garantía por el Estado, amparado por distintos niveles del orden normativo local, regional e internacional.

La segunda mitad del Siglo XIX y buena parte del Siglo XX ofrecen diversos ejemplos de normas nacionales que modificaron en este sentido el status jurídico de la huelga³. Se arribó así al “sistema de huelga-derecho”, en el que se reconocen tres grandes modelos normativos: 1) el contractual, cercano al derecho de ne-

² ERMIDA URIARTE, Oscar, *Apuntes sobre la huelga*, 3ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2014, pp. 13 y 14.

³ SALA FRANCO, Tomás, *Derecho sindical*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 328.

gociación de los convenios colectivos y excluyendo la medida de fuerza para otros intereses no vinculados con la negociación; 2) el laboral, que incorpora al ámbito de la autotutela colectiva la totalidad de los aspectos de la relación de trabajo, y 3) el de ejercicio general, donde se define a la huelga como un medio lícito de autotutela a emplear por los trabajadores, no solo en el marco de la relación laboral sino en todos los ámbitos de la vida social y frente a la totalidad de los sujetos destinatarios, sean privados o públicos⁴.

El desarrollo del derecho de huelga en el tejido doctrinario y jurisprudencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha permitido disminuir cierta rigidez en las fronteras entre cada modelo, aunque la noción de la defensa del interés profesional y su tratamiento por el orden jurídico es lo que rápidamente se distingue en cada nivel local.

En su acercamiento al tema, la doctrina ha definido el derecho de huelga como un poder jurídico para ocasionar un daño limitado, independientemente de si su impacto excede el perjuicio habitual de la abstención⁵; como una potestad que legitima a los trabajadores a suspender sus obligaciones, colocando al dador de trabajo en una posición de sujeción (*soggezione*)⁶, y como un “derecho público de libertad” que opera sobre las relaciones laborales y supera la distinción tradicional entre las ramas públicas y privadas del sistema jurídico⁷.

Sin embargo, la intensidad fáctica que porta la huelga ha dado lugar para que, en términos fenomenológicos, se la compare con

⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, p. 416.

⁵ ÁLVAREZ, Eduardo, “Los Conflictos Colectivos de Trabajo y el Derecho de Huelga”, en SIMÓN, Julio C. (dir.) y AMBESI, Leonardo (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, p. 457.

⁶ SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe, *Diritto dei lavori. Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, 4ª ed., Torino, Giappichelli Editore, 2013, p. 141.

⁷ GIUGNI, Gino, *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci Editore, 2006, p. 227.

el “hecho de la guerra”, señalándose así la necesidad de reconocer y al mismo tiempo regular jurídicamente su ejercicio⁸.

La elevación del derecho de huelga al altar de los derechos fundamentales contiene en su interior una primera tensión, como es la de validar un mecanismo de lucha, aun cuando el mismo no comporte un carácter violento. Esto ha llevado a que otras voces hayan puesto en duda esa unción. Algunas, al considerar la huelga como un derecho de “emergencia”, solamente viable para reclamar condiciones mínimas de subsistencia o como reacción a situaciones manifiestas de injusticia social⁹. Otras, al intentar justificar este derecho desde una visión proveniente del contractualismo ético¹⁰.

Por su parte, también hay que decir que el reconocimiento del derecho de huelga como derecho fundamental se practicó en el orden supranacional de manera heterogénea. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales lo garantiza en tanto sea “...ejercido de conformidad con las leyes de cada país” (art. 8.1.d)¹¹. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, a su vez, alude al derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses, sin mencionar el supuesto de huelga (art. 23.4)¹². El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una fórmula no enunciativa, similar

⁸ MONTROYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 33ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, p. 725. La citada comparación pertenece a Carnelutti.

⁹ UTZ, A.F., “Is the Right to Strike a Human Right?”, *Washington University Law Review*, Washington, vol. 65, núm. 4, 1987, pp. 732-757.

¹⁰ BORMAN, David, “Contractualism and the Right to Strike”, *Res publica*, vol. 23, núm. 1, pp. 81-98.

¹¹ Texto disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf>.

¹² Texto disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf>.

a la prevista en la Declaración Universal (art. 22.1)¹³, aunque su órgano de seguimiento ubica la huelga dentro de sus garantías.

A nivel regional, la Unión Europea (UE) reconoce en su Carta de los Derechos Fundamentales el derecho de los trabajadores y sus organizaciones a recurrir a la huelga como acción colectiva de defensa de sus intereses (art. 28), aunque tal dispositivo rige en tanto se invoque el Derecho de la Unión (art. 51)¹⁴. Además, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea excluye el derecho de huelga, junto a lo relativo a las remuneraciones, derecho de asociación y de sindicación y de cierre patronal, del ámbito de la política social diseñada por la Unión (art. 153.5)¹⁵.

En el sistema interamericano puede destacarse la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), que recepta el derecho de los empleadores y trabajadores de asociarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses, mencionando el derecho de huelga para los trabajadores (art. 45.c)¹⁶, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), que lo refiere como un derecho sindical cuya obligación de garantía queda a cargo de los estados (art. 8.1.b)¹⁷. La Declaración Sociolaboral del Mercosur, por su parte, garantiza a todos los trabajadores y a las organizaciones sindicales el derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes, aclarando que los mecanismos de prevención o solución de conflictos que se adopten, o la propia regulación del

¹³ Texto disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf>.

¹⁴ Texto disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12016P/TXT>>.

¹⁵ Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>>.

¹⁶ Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf>.

¹⁷ Disponible en: <<https://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>>.

derecho, no podrán impedir su ejercicio ni desvirtuar su finalidad (art. 11)¹⁸

En este contexto, una mención particular merece el caso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en donde se ha establecido un llamado “núcleo duro” de los derechos fundamentales en el trabajo, cuya referencia directa está constituida por sus propios convenios fundamentales, ratificados por los estados miembros, que operan como un programa de institucionalización¹⁹. El control de esta actividad se lleva a cabo a través de los procedimientos desplegados por los órganos específicos de la organización: uno de supervisión periódica, a cargo de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), quien remite sus informes a la Comisión de Aplicación de Normas (CAN) de la Conferencia Internacional del Trabajo que se celebra cada año, y el segundo de carácter más especial y contencioso, que se puede sustanciar ante el Comité de Libertad Sindical (CLS)²⁰.

Sin embargo, a pesar de su conexión con la libertad sindical amparada por el Convenio 87, particularmente en cuanto al derecho de las organizaciones de trabajadores de organizar sus actividades y formular su programa de acción (art. 3), lo cierto es que ni la Constitución de la OIT ni las Declaraciones de Filadelfia de 1944 y de Derechos Fundamentales de 1998, ni el Convenio 98

¹⁸ Disponible en: <http://www.sice.oas.org/labor/MERCOSUR_Socio-lab.pdf>.

¹⁹ CANESSA MONTEJO, Miguel F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, 2008, p. 513.

²⁰ Véase: BRONSTEIN, Arturo, *Derecho internacional del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 2013, pp. 88 y ss. Existen otros procedimientos, como la reclamación ante el Consejo de Administración o la constitución de una Comisión de Encuesta para examinar un caso concreto, entre otros, pero que no son relevantes a los efectos de este artículo.

sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, mencionan expresamente el derecho de huelga²¹.

Quienes desean consolidar la posición de la huelga en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos apelan a otros instrumentos, como el Convenio 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso, en cuyo art. 1º se obliga a los estados a no hacer uso del trabajo forzoso como castigo por la participación en huelgas (art. 1.d)²², o a los precedentes que los órganos de control y seguimiento de los tratados y convenios han fijado en el tema. Este esfuerzo argumental resulta significativo, pero no logra superar un hecho notable: el paradigmático Convenio 87 sobre libertad sindical no menciona el derecho de huelga.

A esto se suman otros datos que deben tenerse en cuenta. Un de ellos es que el Convenio 87 no ha sido ratificado por países como China, India, Estados Unidos y Brasil, cuya importancia laboral es notoria²³. Aquí ya no se trata de si hay una referencia expresa o comprensiva o elíptica a la huelga en el instrumento, sino de un conjunto de decisiones nacionales que han optado por no suscribir una norma fundamental. La respuesta que se ofrece a este dilema es que dichos estados, como miembros de la OIT,

²¹ Textos disponibles en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312232>; <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO>; <<https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>>; <<https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>>; <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098>.

²² Texto disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312250,es:NO>.

²³ La lista de ratificaciones del C. 87 se encuentra disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312232>.

se encuentran sujetos al control del organismo de todos modos. Se trata de una afirmación por lo menos modesta de un tópico mayor, como es la pretensión de universalidad que se postula para el Convenio.

A su vez, la disímil evolución que ha seguido el tema en los distintos sistemas jurídicos agrega mayor complejidad a la cuestión. Mientras el Common Law presenta una definición legal de la huelga con alguna previsión regulatoria, la vertiente jurídica continental ubica este derecho mayormente en el nivel constitucional, con poca o nula regulación inferior, quedando su conceptualización a cargo de la doctrina y/o la jurisprudencia²⁴. Asimismo, para un sector de este modelo jurídico (el alemán), la huelga se valora principalmente desde el plano colectivo, otorgándose gran importancia al llamado criterio de proporcionalidad, destinado a verificar la intensidad de la presión en todo el curso de la medida de fuerza, y muy conectada con la negociación colectiva; es decir, como un último recurso para discutir y concluir convenios colectivos de trabajo²⁵.

En este marco y con motivo de la 101ª Conferencia Internacional del Trabajo del año 2012, la Comisión de Aplicación de Normas (CAN) se reunió para tratar, siguiendo su plan de trabajo, el estudio general elaborado por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), que enfocó su tarea en el derecho de huelga. No obstante la tarea realizada, sus conclusiones no fueron aceptadas por el Grupo de

²⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo blanch-Universidad del País Vasco, 2016, pp. 36 y 37.

²⁵ ZACERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Los grandes casos judiciales del derecho alemán del trabajo. Estudio comparado con el derecho español y traducción castellana*, La Coruña, Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social-Netbiblo, 2008, p. 18.

los Empleadores de la CAN, al entender que las observaciones de los expertos no eran compatibles con el texto y la historia de la preparación y negociación del Convenio 87. El debate provocó un quiebre en la continuidad de la agenda de trabajo de la Comisión la que, en una situación inédita, no pudo acordar el listado de países que serían examinados ese año por incumplimientos a los dispositivos convencionales²⁶.

El conflicto pudo haber llegado más lejos, en atención a la posibilidad de recurrir a la Corte Internacional de Justicia para resolver el punto referido a la inclusión del derecho de huelga en el Convenio 87. Empero, dicha vía de solución fue descartada por los propios actores tripartitos, quienes optaron por mantener el tema en el nivel de la organización. Sin perjuicio de ello, lo sucedido marcó un punto de inflexión en la historia de la OIT, dejando al descubierto un déficit funcional y conceptual profundo²⁷.

III. LOS PROBLEMAS DE ESTRUCTURA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA

Si más allá de su recepción en los instrumentos internacionales se considera el derecho de huelga como un derecho fundamental, cabe preguntarse por su ubicación en esa tipología. En este punto,

²⁶ Sobre el desarrollo de lo ocurrido y el tenor de las posiciones manifestadas a nivel tripartito, se pueden consultar las actas de la CAN. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_183034.pdf>.

²⁷ La literatura sobre lo sucedido es variada. Se pueden consultar, entre otros: LA HOVARY, Claire, "Showdown at the ILO? A Historical Perspective on the Employer's Group's 2012 Challenge to the Right to Strike", *Industrial Law Journal*, Oxford, vol. 42, núm. 4, 2013, pp. 338-368; BONET PÉREZ, Jordi, "El sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la interpretación de los convenios de la OIT: aproximación jurídica a una crisis institucional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013.

la concepción de Pérez Luño parece apropiada, al entender por derechos fundamentales a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, que reciben del mismo una tutela reforzada, y que comprenden tanto las libertades tradicionales como los derechos de carácter económico, social y cultural²⁸. En línea con el criterio adoptado, el derecho de huelga se coloca en la categoría de un derecho fundamental social, derivado del status laboral o condición de trabajador de quien lo invoca, y llevado a cabo adelante por el movimiento asociativo de los trabajadores tipificado como sindicato, quien asume su representación²⁹.

En otro orden, para Alexy, uno de los ejes argumentales a favor de los derechos sociales fundamentales es el de la libertad, no solo en sentido jurídico sino también fáctico³⁰. Ello se confirma al observar el derecho de huelga como un desprendimiento del derecho a la libre sindicación y acción gremial. Se trata entonces de un espacio compartido con otros derechos fundamentales, que en la huelga no se limita al medio de presión propiamente dicho ni a la facultad de asociarse con fines comunes, sino a la verdadera elección de hacer o no hacer.

Es que, al decir de Böckenförde, cuando los derechos fundamentales sociales son concebidos como derechos de libertad con una vertiente social, deben co-garantizar los presupuestos sociales de su realización³¹. De allí que el objetivo de producir el daño que

²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2011, pp. 42 y 47.

²⁹ *Ibidem*, pp. 191-192.

³⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 446 y 447.

³¹ Sobre los problemas de estructura de los derechos fundamentales sociales ver BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 78-80.

busca la huelga se deba compatibilizar en su ejercicio con el resto de las libertades, entendidas ellas las de quienes no desean participar en la medida de fuerza o resulta afectado por ésta.

En esta composición mixta, Böckenförde destaca la doble dirección en la que operan los derechos fundamentales de libertad: como protección de la libertad comunicativa de los individuos y como proceso de formación de la opinión y de la voluntad política, en sentido ascendente, desde los individuos al poder político³². Ello permite suponer que, junto a la decisión individual de los trabajadores en participar de la huelga, se articula la decisión de los sindicatos empeñados en llevarla a cabo, al mismo tiempo que se expresan las voluntades de los empleadores y de los terceros que toman posición respecto a la medida, por alcanzarles aquella de manera directa o indirecta. En otras palabras, el tránsito ascendente de opiniones y decisiones llega desde la sociedad al poder político, obligado a moldear en determinado sentido el alcance de la huelga.

La configuración de este “molde” no es considerada así por otros autores. Ferrajoli, por ejemplo, alega que la coexistencia de libertades culmina en la aplicación del principio de no causar daño al otro, valiendo ello tanto para la libertad de asociación como para el derecho de huelga, cuyo ejercicio “(...) no puede poner en riesgo derechos fundamentales ajenos, como la vida, la salud o la seguridad de otras personas”³³.

Empero, corresponde interrogarse si alcanza con la invocación del *neminem laedere* para regular los límites de la huelga. La respuesta que aquí se brinda es que resulta insuficiente, toda vez que nos encontramos frente a una permisión de daño que excede la mera convivencia entre personas y derechos. Más aún, la reso-

³² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 79.

³³ FERRAJOLI, Luigi en Cabo, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ta. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 351 y 352.

lución de los problemas de la acción directa mediante el adagio latino contrasta con otra idea formulada por Ferrajoli, para quien los derechos fundamentales (entre los que incluye la huelga) se afirmaron como las leyes del más débil frente al más fuerte, siendo el resultado de conquistas llevadas a cabo por movimientos revolucionarios, luchas obreras y de otros colectivos a lo largo de la historia reciente³⁴.

El uso de la fuerza social que implica la concurrencia a la huelga denota, antes que roces de convivencia, una verdadera tensión que se registra entre la pretensión autonómica privada de sus protagonistas y el orden público buscado por la soberanía estatal. Este es el nudo en el que debe concentrarse el análisis.

IV. LA HUELGA COMO VARIANTE AUTONÓMICA PRIVADA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

El Derecho del Trabajo contiene en su interior una serie de tensiones que lo acompañan desde su nacimiento. Entre ellas cabe mencionar la tracción constante que persigue a los individuos agrupados por sus intereses laborales y el Estado como eminente regulador de la vida social. A nivel colectivo, esto se resuelve de manera paradójica, con un soberano estatal que debe garantizar y fomentar la actividad sindical y la negociación colectiva, mientras al mismo tiempo intenta contenerla en un espacio controlado en aras del interés general³⁵.

Cuando irrumpe la huelga y aumenta ese grado de tensión, el Estado se enfrenta a una verdadera interpelación de su capacidad

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho*, trad. de Juan Carlos Bayón Mohino, Marina Gascón Abellán y Luis Prieto Sanchís, Madrid, Trotta, 2011, pp. 776 y 777.

³⁵ AMBESI, Leonardo, *Constitución, ley y derecho del trabajo. El sistema jurídico laboral en la teoría y en la práctica*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 13-19.

soberana. De allí que Schmitt distinga el carácter “auténtico” de los derechos fundamentales, siempre que el individuo no atraviese la frontera de lo que denomina como “situación apolítica de lo social puro”, en cuyo caso, dejan de ser derechos individualistas de libertad “(...) y pierden, con el carácter humano-individualista, lo absoluto de su protección”³⁶.

En tal sentido, toda una categoría de derechos que contienen manifestaciones sociales quedaría fuera del ámbito particular. El jurista de Plettemberg incluye entre ellas a la libertad de asociación y de sindicación y, en particular, al empleo de la fuerza mediante la huelga o el *lock-out*, como punto de alcance de lo político que deja de ser puro derecho fundamental o de libertad y que, por lo tanto, ya no cuenta con la máxima tutela.

Se corrobora entonces una especie del género “conflicto” en las relaciones laborales que, más allá del significado que desee otorgarse sobre su motivación (lucha de clases, discusión sobre la distribución del ingreso o la pura reivindicación de los intereses obreros), representa una decisión de competir en el monopolio del poder político, no en clave de violencia sino en términos de titularidad de una capacidad propia de defensa y ofensiva social. Así se puede capturar la esencia del fenómeno como un verdadero estado de excepción.

Es cierto que, como lo ha señalado Herrero López, en la dupla constituida por las nociones de normalidad y excepción, la tendencia del Estado de Derecho ha sido la de eliminar este segundo componente, a través de la regulación de aquellos supuestos que habilitan la propia suspensión de lo jurídico ordinario³⁷. En tal cometido, los casos excepcionales se restringen a razones de necesidad y urgencia vinculadas a cuestiones que ponen en juego

³⁶ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 225 y 226.

³⁷ Cfr. HERRERO LÓPEZ, Monserrat, *El nomos y lo político: La filosofía política de Carl Schmitt*, 2a. ed., Eunsa, Navarra, 2007, p. 192.

la supervivencia del propio orden estatal y que se han resumido bajo el concepto amplio de “emergencia”.

No faltaría razón a quienes levanten la idea de la huelga como un derecho perfectamente compatible con el sistema constitucional y, por lo tanto, lejano a la idea de situaciones riesgosas para la sociedad. Aquí terminaría la presente cavilación, si no fuera que, como ya se dijo, el contraste entre soberanía y autonomía emerge en el tema de forma relevante y no puede ser ignorado.

La conocidísima definición de Schmitt, “Es soberano quien decide el estado de excepción”³⁸, abre un sendero de análisis que resulta transitable tanto para las situaciones extremas como para aquellas otras donde, sin llegar a ese límite, la normación y la fuerza adquieren un sentido político concreto. No hay que olvidar que también para Weber el uso de la fuerza sobre un territorio determinado y como medio legítimo de coacción física, constituye una característica de la naturaleza política de una asociación; la mención, entre otros ejemplos brindados, de las asociaciones gremiales u obreras no es gratuita³⁹.

En su estudio dedicado a la sociología del derecho, Weber alude a un concepto de autonomía vinculado a toda asociación política (y menciona entre ellas a los gremios y al sindicato) forjado en torno a un círculo personal concertado por consenso o estatutariamente, que resulta cualitativamente superior a la simple libertad contractual, y que sirve de base para transformarse en un derecho regulador de una relación social o económica específica⁴⁰.

Es decir que comparte con el Estado cierto ejercicio de la capacidad de fuerza.

³⁸ SCHMITT, Carl, *Teología política I Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*, en *Carl Schmitt teólogo de la política*, trad. de Angelika Scherp, México, FCE, 2001, p. 23.

³⁹ Cfr. WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 3ª ed., trad. de José M. Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez, José Ferrater Mora y Francisco Gil Villegas, México, FCE, 2016, p. 186

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 798.

En lo que interesa, el derecho de huelga concebido como una autorización jurídica a provocar un daño limitado, pero con la decisión de la oportunidad de hacerlo en manos de la autonomía privada colectiva, exhibe un componente de excepción que detiene la normalidad de la ley para sancionar dicha conducta, pero al mismo tiempo la convalida para los supuestos de abuso.

El momento “milagroso” de la excepción se verifica con la huelga en una singular institucionalidad de bordes difusos, de “exclusiones inclusivas”⁴¹. Y pone en duda la afirmación de Benjamin sobre la permanente vivencia de un estado de excepción⁴², porque el movimiento obrero de fuerza y la correspondiente actividad estatal de regulación y control convierten este hecho en una excepción dentro de la normalidad.

Estas observaciones ayudan a comprender que el estado de excepción no se presenta solamente como una necesidad imperiosa que dispensa el cumplimiento de una regla, o como un permanente movimiento de la urgencia política.

A partir de las disquisiciones efectuadas sobre el derecho de huelga como derecho social fundamental y de su caracterización como una excepción institucionalizada, conviene repasar algunas definiciones brindadas sobre el tema por el Comité de Libertad Sindical del organismo internacional del trabajo.

El CLS de la OIT tuvo ocasión de pronunciarse sobre las fronteras del derecho de huelga en numerosas oportunidades. La última edición de la recopilación de sus decisiones ratifica su carácter de derecho fundamental de los trabajadores y de sus or-

⁴¹ CROCE, Mariano y SALVATORE, Andrea, “After Exception: Carl Schmitt’s Legal Institutionalism and the Repudiation of Excepcionalism”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 29, núm. 3, 2016, pp. 410-426.

⁴² BENJAMIN, Walter, “Sobre el concepto de Historia”, en *Obras*, trad. de Alfredo Brotons Muñoz, 2ª ed., Madrid, Abada editores, 2012, I, vol. II, p. 309. La frase completa es: “La tradición de los oprimidos nos enseña que el ‘estado de excepción’ en que vivimos es sin duda la regla”.

ganizaciones en defensa de sus intereses económicos (párr. 751), sociales (párr. 752) y profesionales (párr. 753), siendo un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio 87 (párr.754)⁴³.

En este orden, guarda importancia la definición general que hace el Comité sobre el fenómeno huelguístico: “Las huelgas por naturaleza, ocasionan perturbaciones y costos, y también requieren un sacrificio importante de los trabajadores que optan por ejercerla como último recurso y como medio de presión sobre el empleador a fin de corregir lo que consideran ser una injusticia” (párr. 755)⁴⁴.

La construcción de esta fórmula comprensiva de lo que se entiende por huelga sin dudas habilita un análisis desde la perspectiva aquí encarada, distinguiendo sus principales conceptos:

La noción de la huelga como “perturbación”: El CLS prefiere no recordarnos el efecto dañoso de la huelga y emplea un término más aséptico. La perturbatio supone una alteración o variación de un determinado estado de cosas, sin que implique necesariamente un perjuicio específico: solamente cuando se conjuga con la palabra “costos” aparece la imagen de una afectación material concreta.

La idea de la huelga como “último recurso”: Se consagra en el CLS la regla de la ultima ratio como requisito para desencadenar la huelga. Consolidada en la jurisprudencia europea, la exigencia de agotar las instancias de diálogo, mediación y conciliación, con carácter previo a instrumentar la medida de fuerza, se impone como factor de mayor institucionalización de este derecho. La alusión

⁴³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6a. ed., Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2018, p. 145, disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf>.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 146. Asimismo, véase: 365° informe, caso 2829, párr. 577.

al “sacrificio” que deben hacer los trabajadores parece reflejar la contribución al orden jurídico que los mismos deben abonar para agotar el cumplimiento del deber de paz social. Un “sacrificio” de los que esperan el instante de la excepción “milagrosa” de la huelga.

La visión de la huelga como modo de corrección de injusticias: Este punto llama la atención a simple vista. Y es que luego de encastrar este derecho en la arquitectura del orden, el CLS le abre las puertas a la huelga como un mecanismo jurídico – fáctico de superación de la injusticia a través del conflicto. Una confesión de lo que genéticamente es la medida de fuerza, más allá de los restantes matices y modulaciones que se le impregnen. La pretensión de corrección no queda instalada solamente en lo jurídico, sino que la huelga en su axiología recupera la tonalidad originaria del alzamiento frente al poderoso.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En su propuesta sobre la exigibilidad de los derechos sociales, Abramovich y Curtis se preguntan si tiene sentido mantener tal categoría como un tipo distinto de los derechos civiles. En este sendero, concluyen que la diferencia puede tener algún sentido para indicar la diferente regulación atinente a cada derecho o para informar sobre el origen histórico y el contexto político-ideológico de aquella. Como debilidad, la vigencia de la distinción impediría encuadrar a los derechos que no se identifican con ninguna de las dos clases, por resultar imposible su reducción a una de ellas⁴⁵.

Un ejemplo patente de este último caso lo representa el derecho de huelga. Como se ha visto, el conglomerado de libertades que se entrecruzan en su seno y se desplazan a través de las rela-

⁴⁵ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Chistian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 47-64.

ciones humanas, obsta a que ancle jurídicamente en uno u otro puerto. Es un derecho individual y colectivo, privado y público, autónomo y soberano.

Los problemas de textura y construcción del derecho fundamental de huelga ya no disimulan que la pretensión de “nacionalidad” con que se desea rodear a este derecho, posee una razón más profunda que el relativo desenganche del sistema de control de normas internacionales. La huelga sigue siendo un asunto político y, desde esa perspectiva los empleadores, pero también los estados han sido consistentes a la hora de morigerar la intervención externa para fijar su contorno de aplicación.

Mientras los primeros han armado su línea de defensa ante el avance conceptual de un órgano de control de la OIT, los segundos continúan la tarea de medir la elasticidad en la protección de este particular derecho. En época reciente, la Corte Suprema de Justicia de Argentina determinó que las medidas de acción directa como la huelga no sólo perjudican a los empleadores sino que también afectan a los destinatarios de los bienes y servicios involucrados, indicando que para llevarla adelante debe requerirse la presencia de, al menos, un sindicato inscripto en el registro oficial⁴⁶. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania entendió que resultaba procedente la prohibición del derecho de huelga para los docentes que revistan en calidad de funcionarios públicos, en tanto el derecho fundamental a la libertad de asociación se encuentra garantizado y sin reservas, pero puede estar limitado ante la colisión con derechos de terceros y otros derechos privilegiados constitucionalmente⁴⁷.

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, 7 DE JUNIO DE 2016, “ORELLANO, FRANCISCO DANIEL C. CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. S/JUICIO SUMARÍSIMO”, FALLOS 339:760. Disponible en: <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento-ByIdLinksJSP.html?idDocumento=72311563&cache=1543587749785>>.

⁴⁷ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 2BvR 1738/12, 1395/13, 1068/14, 646/15, 12.06.2018. Disponible en <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/>

Sin perjuicio del debate que puede abrirse respecto de estos pronunciamientos, en especial sobre la metodología interpretativa de los derechos fundamentales en examen (v.gr. la jerarquía, ponderación, armonización o contenido esencial de los derechos, entre otros criterios), no cabe duda de que la soberanía estatal conserva su aptitud para moldear el derecho de huelga. Este punto representa, sin embargo, la línea de partida de una mirada que debe volcarse al problema de la normalidad del derecho y que comparte, desde esa perspectiva, grandes similitudes con la versión moderna del concepto de estado de excepción.

Si, como lo afirma el CLS de la OIT, la huelga es una perturbación que impone sacrificios a los trabajadores, quienes la deben ejercer como último recurso para corregir situaciones de injusticia, la lectura de esta apreciación no corresponde que sea formulada en los términos de la mención de la huelga en el Convenio 87 o su ausencia en éste o en otro instrumento internacional. La discusión pasa a situarse en una estación de tránsito entre lo jurídico y lo político, como es la que representa el reparto del poder. Luego vendrán las posiciones que se fijarán sobre la titularidad del derecho y su alcance.

En el estadio actual del capitalismo, la adopción de este punto de vista parece dejar al sindicalismo en orfandad, porque restringe su apetencia de protección universal de la acción gremial. Pero, como se ha dicho aquí, esa vocación no es absoluta desde que en la misma esfera internacional se observan dificultades para consolidar una doctrina segura. Al sindicato le convendría, entonces, volver a la liga de los ordenamientos nacionales y mejorar desde allí su capacidad de gestión del conflicto.

Esto último lo obligará a retomar su costado más político si decide incrementar su protagonismo en los procesos de toma de decisiones. Y eso no tendrá idénticos resultados en cada país. Pero sin dudas lo ayudará a posicionarse a la hora de discutir los alca-

SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rs20180612_2bvr173812.html>.

nces de un derecho fundamental como la huelga, cuya excepcionalidad es también su mayor virtud.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Chistian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ÁLVAREZ, Eduardo, “Los Conflictos Colectivos de Trabajo y el Derecho de Huelga”, en Simón, Julio C. (dir.) y Ambesi, Leonardo (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II.
- BONET PÉREZ, Jordi, “El sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la interpretación de los convenios de la OIT: aproximación jurídica a una crisis institucional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013.
- AMBESI, Leonardo, *Constitución, ley y derecho del trabajo. El sistema jurídico laboral en la teoría y en la práctica*, Buenos Aires, La Ley, 2017.
- BENJAMIN, Walter, “Sobre el concepto de Historia”, en *Obras*, trad. de Alfredo Brotons Muñoz, 2ª ed., Madrid, Abada editores, 2012, l. I, vol. II.
- BÖCKENFÖRDE, Enst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- , *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.
- BORMAN, David, “Contractualism and the Right to Strike”, *Res publica*, vol. 23, núm. 1, pp. 81-98.
- BRONSTEIN, Arturo, *Derecho internacional del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 2013.

- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 2BvR 1738/12, 1395/13, 1068/14, 646/15, 12.06.2018. DISPONIBLE EN: <[HTTPS://WWW.BUNDESVERFASSUNGSGERICHT.DE/SHAREDDOCS/ENTSCHEIDUNGEN/DE/2018/06/RS20180612_2BVR173812.HTML](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/RS20180612_2BVR173812.html)>.
- CANESSA MONTEJO, Miguel F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, 7 DE JUNIO DE 2016, “ORELLANO, FRANCISCO DANIEL C. CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. S/ JUICIO SUMARÍSIMO”, FALLOS 339:760. DISPONIBLE EN: <[HTTPS://SJCONSULTA.CSJN.GOV.AR/SJCONSULTA/DOCUMENTOS/VERDOCUMENTOBYIDLINKSJP.HTML?IDDOCUMENTO=72311563&CACHE=1543587749785](https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verdocumentoByIdLinksJP.html?idDocumento=72311563&cache=1543587749785)>.
- CROCE, Mariano y SALVATORE, Andrea, “After Exception: Carl Schmitt’s Legal Institutionalism and the Repudiation of Excepcionalism”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 29, núm. 3, 2016, pp. 410-426.
- ERMIDA URIARTE, Oscar, *Apuntes sobre la huelga*, 3ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi en CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- , *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. de Juan Carlos Bayón Mohino, Marina Gascón Abellán y Luis Prieto Sanchís, Madrid, Trotta, 2011.
- GIUGNI, Gino, *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci Editore, 2006.
- HERRERO LÓPEZ, Monserrat, *El nomos y lo político: La filosofía política de Carl Schmitt*, 2a. ed., Eunsa, Navarra, 2007.
- LA HOVARY, Claire, “Showdown at the ILO? A Historical Perspective on the Employer’s Group’s 2012 Challenge to the Right to Strike”, *Industrial Law Journal*, Oxford, vol. 42, núm. 4, 2013, pp. 338-368.

- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 33ª ed., Madrid, Tecnos, 2013.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel”, en Fotinopoulou Basurko, Olga (dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo blanch-Universidad del País Vasco, 2016.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6a. ed., Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2018, p. 145, disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf>.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2018.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2011
- SALA FRANCO, Tomás, *Derecho sindical*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe, *Diritto dei lavori. Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, 4ª ed., Torino, Giappichelli Editore, 2013.
- SCHMITT, Carl, *Teología política I Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*, en *Carl Schmitt teólogo de la política*, trad. de Angelika Scherp, México, FCE, 2001.
- , *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- UTZ, A.F., “Is the Right to Strike a Human Right?”, *Washington University Law Review*, Washington, vol. 65, núm. 4, 1987, pp. 732-757.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2015.

- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 3ª ed., trad. de José M. Echarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez, José Ferrater Mora y Francisco Gil Villegas, México, FCE, 2016.
- ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Los grandes casos judiciales del derecho alemán del trabajo. Estudio comparado con el derecho español y traducción castellana*, La Coruña, Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social-Netbiblo, 2008.