EL HOY DE LA HUELGA: SEDUCIDA POR EL DERECHO, IGNORADA POR LA FUERZA DE LOS HECHOS.

Por Guillermo Gianibelli

El sentido inicial de esta colaboración a "La Causa Laboral" pretendía ser un comentario a la norma dedicada a la huelga en la última reforma operada por la ley 25.877. Sin embargo, ciertas paradojas que resultan identificables a partir de un examen de dicha regulación, de la anterior proveída por la ley 25.250 y, muy especialmente, del nuevo sistema de fuentes que la reforma constitucional de 1994 instituyó en el ordenamiento argentino, sin correlato fáctico equivalente, nos fueron situando en un espacio un poco más amplio, en una suerte de recorrido sobre la huelga y su presente.

Una rápida presentación nos diría algo así como: nunca antes el derecho de huelga tuvo las garantías y salvaguardas que hoy se evidencian en nuestra regulación – explícita e implícita – y, a pesar de ello, las condiciones de su ejercicio se han venido degradando convirtiéndolo en un *rara avis* que lejos está de alzarse como un instrumento que incide en el conflicto laboral particular y en el conflicto social general.

Una también inmediata respuesta sostendría: el sistema normativo avanzó hacia su tutela porque la inactividad de su ejercicio lo alejaba de cualquier riesgo de "desborde". No dejaría de ser una lectura un tanta mecanicista. Los procesos históricos, en algunos casos, sedimentan normas que parecen descontextuadas. Son el resultado de "otras luchas" y "otros sujetos" que podrán ser hoy asimiladas y aprovechadas por los nuevos actores en un horizonte difuso pero siempre factible de construcción colectiva.

Como en un juego de espejos, a esta pareja actual de fuerte tutela/escaso desarrollo, se le contrapone históricamente aquella otra de regulación de restricción/pujanza de actuación. Como se ve, las relaciones entre el derecho y el "hecho" de la huelga son inasibles.

Las oscuridades institucionales de la Argentina mucho hicieron para esto. El decreto-"ley" 16.936, del onganiato primero, o la norma de facto 21.400 de la última dictadura después, son manifestaciones de cómo la huelga debía estar ineludiblemente entre una de las tantas negaciones de libertad a las que regímenes puestos y dispuestos por el capital eran tan afectos.

Sin embargo, la fuerza de la organización y la expresión incontenible del conflicto social ignoraron la primera y, aunque menos inmediata por el uso de instrumentos destinados a reprimir toda manifestación social (terrorismo de estado), soslayaron la segunda en una de las primeras formas con que la ciudadanía se "animó" al régimen. Los trabajadores, por poner sólo un ejemplo, aunque el más paradigmático, hicieron el "cordobazo", del que en estos días se cumple un nuevo aniversario, vigente la norma 16.936; y los trabajadores hicieron la primer huelga contra la dictadura en el año 1982, a pesar de la norma 21.400.

Regulación y expresión social no han sido buenas compañeras. En este caso, ¡por suerte!. O más bien por el valor de cada trabajador-ciudadano o ciudadano-trabajador, los que, en conjunto, no abdicaron de ese instrumento insustituible de expresión y articulación del conflicto, el ejercicio de la huelga.

Pero estos no dejan de ser los grandes trazos, una evocación de las "epopeyas" del pasado, que no permiten ver los entresijos de actuación y sometimiento con que, en cada contrato individual de trabajo, o en cada conflicto colectivo particular, por aplicación de las normas citadas, pero más que por ello, por esa regulación indetenible y persistente, las sentencias judiciales, las resoluciones administrativas, se intentaba acallar el conflicto.

Esa capilarización de regulación, limitando, prohibiendo o castigando la huelga, acompañó sí su ejercicio durante décadas.

Ante esto último, la modificación normativa no debiera ser intrascendente. Debiera permitir un desplazamiento, de regulaciones y prácticas, y un reforzamiento de su sustentabilidad de ejercicio. Lo que ocurre es que el advenimiento de un nuevo *plafond* de tutela jurídica coincide con un nuevo contexto de funcionamiento sociológico, en el que el conflicto se diluye, se atomiza, se disgrega. En el trayecto de consolidación de un nuevo *status* del derecho, logrado en tanto deslegitimación del régimen precedente, por un lado, e interpenetración del derecho internacional de los Derechos Humanos, por otro, paralelamente se desenganchaban las condiciones socio-económicas y políticas que permitirían desarrollarlo en plenitud.

El cambio de paradigma productivo (post-fordismo) o en las condiciones de su ejercicio (desempleo estructural) ponen en cuestión la efectividad de la huelga, la facticidad que la habilita y permite: sus condiciones objetivas, la base material de funcionamiento de las fuerzas productivas; y sus condiciones subjetivas, la construcción de subjetividad o pertenencia, esa capacidad de visualizar la agregación de intereses y sintetizar los mismos, característica de la acción colectiva en el fordismo (**Bilbao**).

En la historia de la evolución de la huelga - y de sus modelos normativos - se observa cómo la modificación en su conceptualización y alcances ha seguido un itinerario de constatación de la dificultad o inefectividad de la huelga "típica": de la huelga contractualizada a la huelga general, sectorial, política o de solidaridad; de la huelga uniforme y en algunos casos indeterminada en el tiempo, a la huelga puntual, parcializada; de la finalidad casi exclusiva de daño y uso del poder de "no-trabajo" (**Holloway**), en condiciones de pleno empleo y producción continua, a nuevas formas de "visibilidad", hacia fuera del particular espacio del conflicto laboral (**Baylos**); de la huelga del "obrero masa" a la huelga del "trabajador de elite" o huelgas "corporativas/profesionales" (transportes, servicios públicos, trabajadores estatales, etc.,).

Cabe replantearse, entonces, la pertinencia o subsistencia de las claves estructurales de la huelga como medida de acción sindical provista por el funcionamiento colectivo primero, y por el sistema normativo dirigido al conflicto laboral, o al conflicto central de la sociedad capitalista, luego. ¿Subsisten las condiciones para que éste sea el instrumento típico, preponderante, y más radical de acción sindical, o habrá que pensar en otros medios o procedimientos que la reemplacen, aunque sea parcialmente?.

En esta hipótesis habría que aceptar o convenir que la huelga es eso - un medio – (**Romagnoli**), y que en definitiva la tutela que el ordenamiento ha provisto es hacia la acción de los trabajadores organizados y autotutelados y no a un medio específico de dicha acción, aunque el más característico.

Por ello es oportuno indicar las señas de identidad de este nuevo derecho de huelga, ahora fortalecido como esos héroes de historietas que se transforman y están dispuestos a enfrentar cualquier peligro.

El marco indispensable para entender dicha mutación y calibrar sus posibles usos y alcances está dado por la tipología constitucional vigente: el Estado Social de Derecho (ESD).

El ESD constituye un sistema jurídico-político en el que el método de ordenación está prefigurado por una única finalidad: la garantía y efectividad de los Derechos Humanos Fundamentales (**Ferrajoli**).

El ESD, resultado de eso compromiso histórico que en el capitalismo avanzado las fuerzas sociales asumen como "el mal menor", aún en su ambivalencia, comporta un estadio de garantía de los derechos nunca antes alcanzado en la historia de la humanidad. Aceptado que el sistema económico sea el capitalismo, también debe ser aceptado que la dominación económica sea regulada y tendencialmente reducida mediante diversos instrumentos de emancipación social. Entre ellos, que los trabajadores utilicen las vías más características de autotutela: la organización colectiva y la huelga.

La huelga en consecuencia es un dispositivo – anómalo en la lógica económica, funcional en la lógica del ESD – que interfiere el mercado, productor de desigualdad, de manera de asegurar la igualación sustancial (art. 75.23 CN). El capital deja de ganar, el trabajo obtiene un mejor reparto de la renta. Ello sea actuando en la empresa (huelga profesional) o a escala nacional (huelga política).

Y si la huelga es instrumento de igualación, su ejercicio debe estar garantizado en tanto Derecho Fundamental. En tal sentido el Comité de Libertad Sindical de OIT (CLS) ha estimado siempre que el derecho de huelga es un de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones (**OIT**).

Su inclusión en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, particularmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) con su remisión al Conv. 87 OIT, y su validación como herramienta propia del Estado Social, lo dotan del mayor *status* de protección y exigen del sistema jurídico en su conjunto su garantización.

Esta consideración del derecho de huelga se inscribe en la lógica de los derechos concedidos para "obtener derechos", (**Hanna Arendt**).

Con este breve cuadro de situación deberíamos ahora presentar el régimen normativo de la huelga en el derecho argentino. El mismo se constituye en dos momentos: uno, al sancionarse la reforma constitucional en 1994 asumiéndose la supremacía del derecho internacional de los Derechos Humanos (art. 75.22 CN); y dos, mediante la ley 25.250, que traslada dicho principio al derecho de huelga, ahora confirmado por la ley 25.877.

La rotundidad del cambio ocurrido se calibra por el sistema de fuentes con que ahora queda regulado el derecho de huelga. Si la huelga es un Derecho Fundamental, y por tanto debe conformarse en su entorno un dispositivo de tutela adecuado para garantizarlo, automáticamente pone "fuera de juego" toda regulación de restricción del derecho y, a la vez, valla los avances también restrictivos de la práctica de las relaciones de trabajo, de la administración y de la justicia.

El armazón del sistema de fuentes se soporta, primero, desde la caracterización de los principios de la libertad sindical como constitucionales (Conv. 87 OIT, por adopción como piso mínimo por el PIDESC, art.

8.3 y el PIDCP, art. 22.3). Luego, por aplicación de los criterios con que en sede internacional se interpreta dicha norma (CLS) conforme lo viene sosteniendo nuestra Corte Suprema respecto de otros instrumentos internacionales (fallos Giroldi, Fibracca, Mendez Valles, Martini, Edkmedjian). De tal modo la fuente internacional interpenetra en el ordenamiento local como norma mínima de tutela del derecho.

Una conclusión inmediata de lo que se viene señalando sería que la ley 25.250 no hizo más que corregir un evidente desajuste con aquella plataforma constitucional. Ni el "decreto-ley" 16.936, ni el decreto 2184/90 podían ser consentidos por aquella, y por tanto debían ser derogados (art. 34); y la mención expresa a la fuente internacional (art. 33) resultaba sobreabundante.

Sin embargo, la norma interna viene a sobre-imprimir aquellos principios con particulares efectos operativos. Constituye fuente inmediata para los jueces, límite directo para la autoridad administrativa y fundamento del poder reglamentario. Se integra de tal modo al sistema de fuentes descripto que hoy conforma la regulación de la huelga en el derecho argentino.

La ley 25.877, como se dijo, viene a confirmar dicho sistema, ratificando la derogación de las normas repudiadas y reformulando el procedimiento en los servicios esenciales que el art. 33 de la ley 25.250 había diferido a la norma reglamentaria (decreto 843/00 aún vigente).

Los principios de este sistema de fuente internacional, aplicables a nuestro ordenamiento, son las siguientes (**OIT** y **Gernigon, Odero y Guido**):

El principio básico es que el derecho de huelga es "uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales".

Que no existiendo una definición de lo que cabe entender por huelga, en general cabe considerar como huelga toda suspensión del trabajo, por breve que sea, con lo que entran dentro de su ejercicio las denominadas como "trabajo a reglamento, huelga de celo, trabajo a ritmo lento, etc,".

La única restricción admisible al derecho de huelga sólo se justificaría si perdiese su carácter pacífico.

La finalidad de la huelga, tal como se indicó en relación a su principio básico, abarca no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económico y social.

Es legítima, en consecuencia, la huelga general y la huelga de solidaridad.

Son aceptables, como requisitos para la licitud de la huelga, los siguientes: la obligación de dar un preaviso; la obligación de recurrir a los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje voluntario, en la medida de que sean adecuados, imparciales y rápidos; la obligación de respetar un determinado quórum y de obtener el acuerdo de una mayoría; la celebración de un escrutinio secreto para decidir la huelga; la adopción de medidas para prevenir accidentes; la garantía de la libertad de trabajo de los no huelguistas.

Con relación a los procedimientos de conciliación debe tenerse presente que los mismos tendrán como único objetivo facilitar la negociación por lo que no deberán ser tan complejos ni ocasionar retrasos tan largos que en la práctica resultase imposible la realización de la huelga o que ésta pierda toda su eficacia.

No es admisible el arbitraje obligatorio.

No resulta admisible la declaración de ilegalidad de la huelga por parte de las autoridades administrativas.

Cabe entender como restricción temporal de la huelga las cláusulas de "paz social" o pactadas en el convenio colectivo.

Los principios del Comité de Libertad Sindical consideran ilegítimos los actos de discriminación contra los dirigentes sindicales que organizan huelgas legítimas, y protegen asimismo a los sindicalistas y trabajadores que participan de las mismas.

Nadie podrá ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima.

El despido de trabajadores a raíz de una huelga legítima constituye una grave discriminación en materia de empleo por el ejercicio de una actividad sindical lícita, contraria al Conv. 87. Por lo tanto el respeto a los principios de la libertad sindical impide que a los trabajadores se les despida o deniegue el reingreso por participar de una huelga u otro tipo de acción reivindicativa.

La legislación que permite a los empleadores, a condición de que pague la indemnización prevista por la ley para los casos de despido injustificado, a despedir a un trabajador si el motivo real es su afiliación o participación sindical, no resulta mecanismo de protección contra la discriminación antisindical.

Resultan admisibles los piquetes de huelga, los que no deben ser objeto de trabas por parte de la autoridad pública. Su prohibición sólo se justificaría si la huelga perdiera su carácter pacífico.

No resulta legítima la contratación de trabajadores en sustitución de los huelguistas.

En materia de servicios esenciales, la regulación local – adaptada al régimen de OIT – configura un sistema de mayor protección en tanto no permite la prohibición de la huelga sino sólo su limitación. Sobre esta base y en función de los criterios de OIT tendremos la siguiente regulación:

El concepto de servicio esencial, según la Comisión de Expertos de OIT, es aquel "cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población". Idéntico concepto adopta el art. 24 de la Ley 25.877, para habilitar actividades no comprendidas en la enumeración de su 2do. párrafo: servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

La enumeración indicada no se compadece estrictamente con la del CLS que ha considerado como servicios esenciales en sentido estricto: el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos y el control del tráfico aéreo.

El CLS en cambio no ha considerado servicio esencial en el sentido estricto del término a los siguientes: la radio y televisión; el sector del petróleo; el sector de los puertos (carga y descarga); los bancos; los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; los grandes almacenes; los parques de atracciones; la metalurgia; el sector minero; los transportes, en general; las empresas frigoríficas; los servicios de hotelería; la construcción; la fabricación de automóviles; la reparación de aeronaves; las actividades agrícolas; el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios; la Casa de la Moneda;

la agencia gráfica del Estado; los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco; el sector de la educación; los transportes metropolitanos; los servicios de correos. Esta enumeración configura evidentemente una valla para la ampliación que el art. 24 delega a una "comisión independiente".

icha comisión podrá "calificar excepcionalmente", como servicio esencial, cuando la "duración y extensión territorial de la interrupción" afecte de tal modo que encuadre en el concepto de servicio esencial arriba transcripto, o cuando se trate de un "servicio público de importancia trascendental".

El CLS ha considerado como "servicios públicos de importancia trascendental" los siguientes: el servicio de transbordadores de una isla; los servicios de una empresa portuaria nacional; el servicios de subterráneos; los servicios de transporte de pasajeros y mercancías y de transporte ferroviario; los servicios de correos; los bancos; el sector del petróleo y el instituto monetario nacional.

Hasta tanto se dicte la norma reglamentaria, la que especialmente deberá establecer las pautas de funcionamiento y facultades de la "comisión independiente", continuará en vigencia el decreto 843/00.

Sobre las bases precedentes creemos se ha consolidado un sistema en el que la huelga no admite otra restricción que en los denominados servicios esenciales, restricción que no puede llevar a prohibición (sí es admisible la limitación temporal de su ejercicio, conf. art. 8 y 15 ley 14.786); que la titularidad de la huelga corresponde al colectivo laboral, aunque con referencia al sujeto sindical (sin preferencias en este caso conf. art. 5to. ley 23.551 y doctrina CLS); que no existe facultad alguna de la autoridad administrativa para declarar la ilegalidad de la huelga; que entre la modalidades de la huelga se incluyen "trabajo a reglamento, huelga de celo, trabajo a ritmo lento, etc,"; que es legítima la huelga de solidaridad; que todo trabajador estará protegido contra actos de discriminación por ejercer el derecho de huelga, incluido el despido aunque sea indemnizado (Conv. 98 OIT).

No son respuestas normativas menores. Permiten expulsar de nuestro ordenamiento cuestiones tales como que la autoridad administrativa determinaba servicios mínimos de más del 95% del plantel normal (aplicación hecha por el MT en función del decreto 2184/90); o que se considerara a la educación como servicio esencial (Res. 480/2001 del MT, suspendida cautelarmente, JT nro. 69 y CNAT, sala III, caso "Sadop"); o que la autoridad administrativa califique la huelga (CNAT, plenario 93; CSJN, caso "Ravaschino"); o que no se considere como huelga el "quite de colaboración" o "el trabajo a reglamento" (CNAT, sala I, "Estévez c/ Clio", SCBA, "Almirón c/ Bertrán"); o que se sostenga que la huelga por solidaridad, en el caso declarada por el despido de un delegado, no esté incluida en las garantías del art. 14 bis (CNAT, sala II, "Cantero c/ Armendo").

Sosteníamos al comienzo el grado de tutela que hoy exhibe el sistema normativo del derecho de huelga. Es importante remarcarlo. Por caso, un rápido cotejo con dos sistemas del derecho comparado a los que recurrimos con habitualidad, Italia y España, dan cuenta de regulaciones sensiblemente limitativas en relación al nuestro. La ley italiana de 1990, por ejemplo, incluye como servicios esenciales a la administración de justicia o la educación; y el DLRT español, aunque depurado por las sentencias del Tribunal Constitucional, mantiene un uso extensivo del concepto de servicio esencial con determinaciones por la autoridad pública notoriamente exorbitantes al que hemos venido señalando conforme los principios de OIT.

Y llegados a este punto, constatada la potencia tutelar del derecho de huelga en nuestro sistema, volvemos a la hipótesis inicial en la que advertíamos sobre su escasa inserción en el mundo actual de las rela-

ciones de trabajo, al menos en el último período caracterizado por una escandalosa deserción del estado en sus obligaciones de juridificación (desregulación) y aseguramiento de los derechos esenciales (desempleo, precariedad, pauperización).

El ejercicio de la huelga se ha caracterizado en este largo período, en su mayor parte, por la denominada huelga "de resistencia", como modo de enfrentar los ajustes, de personal y salariales, e incluso en muchos casos confundida con el recurso de la retención de tareas frente al incumplimiento del empleador en sus obligaciones remuneratorias.

La huelga en el ESD, para desplegar su verdadera aptitud instrumental de igualación no puede ser otra que la huelga reivindicativa, aquella que mediante la expropiación transitoria de los poderes empresariales (**Baylos**) recompone transitoriamente la asimetría y obtiene derechos dirigidos al trabajador o a la clase.

Dejado atrás un sistema de exclusión social, con una actividad económica en crecimiento y una mayor demanda de empleo, puede que la huelga recupere aquella finalidad y se inserte en una nueva puja distributiva. Será entonces el momento de comprobar si esta grandiosa musculatura que hoy ostenta en derechos, y que no deja de ser como esos fisiculturistas que sólo la exhiben, despliega su potencialidad y se convierte en la custodia de su ejercicio y efectividad.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA:

- Bilbao, Andres, "Obreros y ciudadanos. La desestructuración de la clase obrera", Trotta, 1993.
- Holloway, John, "Marxismo, estado y capital", Cuadernos del Sur, 1994.
- Baylos, Antonio, "Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social", RDS, nro. 2, 1998.
- Romagnoli, Umberto, "La libertad sindical hoy", RDS, nro. 14, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales", Trotta, Madrid, 2001.
- OIT, "La libertad sindical", OIT, 4ª. edic. 1996.
- Arendt, Hannah, "El origen del totalitarismo".
- Gernigon, Bernard, Odero, Alberto y Guido, Horacio, "Principios de la OIT sobre el derecho de huelga", OIT, Ginebra, 2000.
- Baylos, Antonio, "Huelga y sindicato: ¿una relación en crisis ante la ineficacia de esta medida de presión?", Gaceta Sindical de CCOO, abril de 2000.