

LA HUELGA: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL EN CRISIS?

HUGO FERNÁNDEZ BRIGNONI⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

No estamos infiriendo de la interrogante que incluye el título de este tema, que exista una duda sobre el valor del derecho de huelga en la dogmática del derecho del trabajo.

Como ha manifestado Bobbio vivimos en un “tiempo de derechos”⁽²⁾. Por lo tanto, hay que descartar cualquier hipótesis apocalíptica y todas aquellas tesis, que con razonamientos total o parcialmente erróneos, pudieran llegar a conclusiones que nieguen la vigencia del derecho de huelga como un derecho fundamental de los trabajadores.

Cuando se pensó en preguntar sobre una eventual crisis de este derecho fundamental, se tuvo en cuenta algunas posibles líneas de análisis, inspiradas en lo que ocurre circunstancialmente en algunos países con legislaciones *bloqueantes* del derecho o por la inestabilidad que generan algunas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que presentan interpretaciones disfuncionales de derecho del derecho de huelga, que restringen o eliminan haciéndole decir a la norma que reconoce y garantiza el derecho, lo que la norma no dice.

La propuesta de este trabajo es llamar la atención sobre las vicisitudes o dificultades que enfrentan el ejercicio del derecho de huelga y su titular principal, el sindicato⁽³⁾.

(1) Uruguayo. Profesor en la Universidad de la República.

(2) BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991, p. 57.

(3) Si bien el derecho de huelga no es un derecho exclusivo del sindicato, ello no impide que con libertad

Sin que esto puede ser entendido como una contradicción o un cambio conceptual en el razonamiento, en lugar de crisis nos gustaría utilizar un vocablo (un concepto) distinto y utilizado por el Profesor Ermida en una de sus últimas publicaciones. Nos referimos a la acción de criticar, a la crítica, entendiéndolo por ello, la tarea de acudir al examen o evaluación del derecho de huelga en un espacio y en un tiempo determinado. Es decir, revisar y criticar, ver cómo es que el derecho de huelga está desarrollando la función que dogmáticamente el Derecho del Trabajo le asigna en el sistema de relaciones laborales.

Como dice Ermida refiriéndose a la libertad sindical, pero con palabras que son perfectamente aplicables al enfoque que estamos presentando, la crítica "...no supone una postura negativa ante este derecho fundamental, sino la necesidad de revisarlo analíticamente para detectar sus fortalezas y debilidades en determinados contextos. Crítica desde la valoración positiva, crítica para mejorar, para determinar qué es lo que no funciona y así poder corregirlo, para definir en qué y cómo este instituto podría ser más eficaz"⁽⁴⁾.

El derecho de huelga se desarrolla en un estado de evolución dinámica permanente, lo que justifica, cada tanto, volver a analizar los aspectos centrales del derecho. Esto es, la forma en que se presenta, perspectiva que está vinculada al concepto de huelga y a su alcance objetivo, el marco de promoción y fomento de la acción sindical y con ello, cuál es el grado de autonomía que posee su ejercicio y cuál es el nivel o grado de eficacia del ejercicio del derecho de huelga respecto de otros derechos constitucionalmente protegidos.

Siguiendo este esquema dividiremos el resto de la exposición en tres partes: a) las formas en que se manifiesta el derecho de huelga, b) el marco de promoción y fomento del derecho de huelga y su grado de autonomía y c) la eficacia del ejercicio del derecho.

II. LAS FORMAS DE EXPRESIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

Los sujetos titulares del derecho de huelga han adaptado su ejercicio asumiendo novedosas modalidades para mejorar la relación costo-beneficio y para ajustar el conflicto al nuevo sistema productivo. La huelga típica o clásica, originalmente descrita como la interrupción o suspensión continua del trabajo⁽⁵⁾ terminó de ser aceptada como derecho fundamental en aquellos procesos de

sindical, exista cierta preferencia para este sujeto colectivo.

(4) ERMIDA URIARTE, Oscar. "Crítica a la libertad sindical". En: rev. *Derecho Laboral*. T. LIV, N° 242 p. 225-226.

(5) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Apuntes sobre la huelga*. 2da. ed. FCU, 2006, p. 36.

constitucionalización del siglo XX, pero al mismo tiempo, prácticamente sin pausa, y a pesar de su elevación a derecho fundamental el derecho de huelga siguió siendo cuestionado, negado y en algunos casos prohibido. Paradojalmente, al mismo tiempo que se reconocía y aceptaba el derecho de huelga en su modalidad clásica o típica, se desplegó una oposición frontal contra otras formas de huelga, las posteriormente llamadas por defecto, formas “atípicas” de huelga.

Así las cosas, una frondosa y riquísima variedad de medios de autodefensa utilizados por los trabajadores, diferentes del tipo clásico de huelga, como consecuencia del cuestionamiento sin solución de continuidad, comenzaron a recibir la calificación de modalidades de huelga ilícitas o abusivas.

Esto ocurrió por ejemplo, con la *huelga intermitente* que consiste en trabajar un breve lapso y parar la misma cantidad de tiempo trabajado, provocando una distorsión evidente, con la *huelga de brazos caídos*, también conocida como *trabajo a reglamento o desgano o huelga blanca*, modalidad que provoca una alteración en la forma normal del trabajo sin omitir la prestación y con la *huelga simbólica*, también llamada *virtual*, que dura solo un brevísimo tiempo, y que se utiliza como advertencia que en el futuro se podrán tomar medidas más graves o para medir fuerzas de cara a establecer estrategias de conflicto en el futuro.

El mismo cuestionamiento de abusiva o ilícita recibió la *huelga rotativa, turnante o articulada*, que se realiza con paralizaciones parciales que afectan uno o dos sectores de la empresa a la vez, o la *huelga trombosis o neurálgica* que afecta un sector sensible o estratégico de la empresa y que genera como consecuencia directa la paralización total de la empresa, o la *ocupación de los lugares de trabajo* que implica desplazar al empleador del control de la unidad productiva en situaciones de alta conflictividad.

A pesar de los cuestionamientos y prohibiciones, las acciones de conflicto encaradas con la misma finalidad y por los mismos sujetos que la huelga clásica han proliferado de manera casi indescriptible. Seguro que en este mismo momento se estará produciendo una huelga en algún lugar del mundo, que se ejecuta de un manera hasta este momento desconocida y que a la postre podrá constituirse en otra modalidad atípica de huelga. Como ejemplo, de la actividad y creatividad estratégica del titular del derecho de huelga pueden mencionarse otras formas que si bien tienen un grado de impacto menor que las anteriormente mencionadas, también deben ser consideradas formas atípicas de huelga. Nos referimos a las *huelgas de pensamiento*, por la cual los trabajadores anuncian que dejarán de esforzarse en mejorar para el método de producción, hasta que sean satisfechas sus demandas o a la situación generada

en una famosa compañía de ópera cuyos artistas canta a “media voz” a fin de presionar por sus reivindicaciones laborales⁽⁶⁾.

Evidentemente, todas estas formas “atípicas”, no se amoldan a las viejas definiciones de huelga, básicamente porque se expresan sin recurrir a la abstención de trabajar y porque no se produce el desplazamiento de los huelguistas fuera del local de trabajo por un tiempo indeterminado⁽⁷⁾. Sin embargo, conservan todos los demás rasgos o características de la huelga, esto es, la decisión colectiva y concertada, de carácter transitorio y llevada a cabo con la finalidad de protesta o reclamo. Lo que cambia es la presentación buscando más efectividad o recuperando la que eventualmente pudo haber perdido la forma clásica o típica.

Las huelgas típicas parecen haber disminuido y en su lugar, aparece una amplia gama de huelgas atípicas a través de las cuales se ha materializado el conflicto en tanto los sindicatos adaptan sus estrategias para lograr los objetivo de presionar y equilibrar el poder del empleador.

A propósito de la adaptación de las acciones sindicales de autoprotección, se han expresado varias razones para el surgimiento de las formas atípicas de huelga. Algunas de ellas se relacionan con circunstancias excepcionales, como las vividas en épocas de gobiernos de facto, donde los trabajadores no podía realizar huelgas abiertas y entonces recurrían a otros medios de acción⁽⁸⁾. Otras razones, vinculadas al concepto de la huelga y a sus efectos, refieren a que las formas atípicas generan un menor costo económico para el trabajador, operan en estos casos, más que como maximizadores de ganancias como minimizadores de pérdidas⁽⁹⁾. Se logra con las medidas atípicas de huelga, mejorar la ecuación entre el objetivo de presionar y el costo económico que asume el trabajador por el tiempo que dura la medida. Por otra parte, en las estrategias sindicales estas modalidades, son utilizadas como advertencias de que se está en condiciones de poder adoptar otras medidas acumulativas o sustitutivas pero siempre con mayor grado de impacto y distorsión en la empresa o en el servicio⁽¹⁰⁾.

Ermida destaca que el escenario derivado de la transformación en la organización de trabajo es también otra motivo que explica la aparición de las

(6) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Derecho Colectivo del Trabajo*. LexisNeris Chile, Santiago, 2002, p. 417.

(7) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Ocupación y solución de conflictos colectivos” XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU, 2006, p. 259.

(8) Las relaciones laborales en Uruguay, Informe RELASUR, FCU/ MTSS España, 1995, p. 200.

(9) *Ibidem*. p. 185.

(10) *Ídem*.

formas atípicas de huelga. Indica este autor, que la posmodernización, los avances científicos y tecnológicos y las nuevas formas de producción, determinan una renovación de las modalidades de ejercicio de la huelga, de manera que este derecho pueda seguir cumpliendo la función equilibradora que le compete⁽¹¹⁾.

Así como la cuestión social generó la resistencia colectiva de los trabajadores organizados manifestada en las primeras épocas de la acción colectiva con la llamada forma típica de huelga, en la actualidad, las formas atípicas de huelga son el resultado de la adaptación de la acción sindical a los cambios o transformaciones en la organización del trabajo productivo de las empresas, del empresario y empleador. En este mismo sentido, si por razones de competencia se considera legítima la adaptación de los empresarios a nuevas formas productivas y de gestión empresarial, en una visión sistémica de las relaciones laborales, no podemos pensar que los sindicatos no puedan cambiar las estrategias para hacer eficaces las medidas de huelga que implementen.

De alguna manera lo atípico se ha vuelto típico y viceversa⁽¹²⁾, ya que proliferan formas muy ricas y variadas del derecho de huelga que por otra parte, como hemos dicho, soportan similares cuestionamiento desde el sector empresarial que los que soportó la huelga típica en las primeras épocas de la evolución del derecho del trabajo. Desde la perspectiva del conflicto de intereses que caracteriza las relaciones laborales, no parece posible que pueda generarse otro panorama distinto. La historia es repetida, los contenidos pueden ser distintos pero eso no cambia el alcance objetivo y subjetivo que el bloque de constitucionalidad le ha reconocido al derecho de huelga.

Desde el punto de vista jurídico, la doctrina laboralista a partir de las nuevas formas de huelga implementada por el actor sindical, generó nuevos contenidos teóricos sobre la huelga, para concluir que hoy por hoy, son huelga tanto las formas típicas como las atípicas.

Esta tendencia puede sintetizarse en la definición que aporta Ermida indicando que el concepto de huelga alcanza a *“todas aquellas medidas de conflicto que omitan, reduzcan o alteren colectiva y transitoriamente el trabajo”*⁽¹³⁾ o la proporcionada por Baylos cuando identifica a la huelga con *“aquellas acciones que introducen una excepcionalidad temporal o transitoria en la*

(11) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La flexibilización de la huelga*. FCU, 1999, p. 32 y BABACE, Héctor “Reflexiones sobre la legitimidad o ilegitimidad de las nuevas formas de huelga (en el derecho positivo uruguayo)” X Jornadas uruguayas de derecho del trabajo y de la seguridad social, FCU, 1998, p. 25 y ss.

(12) RASO DELGUE, Juan. “Modalidades de conflictos colectivos de trabajo” X Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, 1998, p. 8.

(13) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Ocupación y solución de conflictos”, Ob. cit., p. 42.

normalidad productiva”⁽¹⁴⁾ o la que define a la huelga como “*todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción*”⁽¹⁵⁾. Esta ha sido también la postura del Comité de Libertad Sindical de la OIT que inequívocamente considera huelga una amplísima gama de las denominadas formas atípicas de huelga⁽¹⁶⁾.

Como puede apreciarse el derecho del trabajo continúa planteando la necesidad de hacer sustentables los mecanismos de autotutela en el sistema de relaciones laborales. La autotutela es un concepto básico y principal del principio protector, desarrollado para cumplir con la función tendiente a la equiparación de fuerzas y de poder en la relación de trabajo, creando derecho y controlando su cumplimiento.

Si la naturaleza jurídica de la huelga evolucionó de delito a derecho fundamental, el concepto de huelga también ha tenido importantes cambios generando formas de expresión del derecho que proliferan más allá de un marco legal determinado o de algunas decisiones judiciales o incluso frente a políticas públicas que puedan implantarse en esta materia con preferencia por la huelga clásica.

Puede apreciarse un cierto paralelismo entre lo que ocurrió con la huelga típica o clásica en los primeros tiempos de su evolución y lo que puede estar ocurriendo, en algunos sistemas de relaciones laborales, con las formas atípicas de huelga. La resistencia de los trabajadores que adquiere carta de ciudadanía jurídica con el derecho de huelga, se adapta y se manifiesta en nuevas medidas de conflicto pero al mismo tiempo, como en un circuito sin fin, el mismo derecho en metamorfosis, se vuelve a enfrentar al rechazo, a la censura y la exclusión por la vía de la calificación de ilícita o abusivo.

Evidentemente los actores del sistema tienen distintas posiciones frente al mismo hecho y al derecho (huelga). En general los gobiernos prefieren las huelgas típicas o clásicas marginando las formas atípicas de huelga. Por su parte, los empleadores, resignadamente, frente al reconocimiento del derecho de huelga en las constituciones liberales de nuestra época, tienen la misma preferencia que los gobiernos a la hora de tener que enfrentar una huelga, y al mismo tiempo, igual que lo hicieran con la huelga clásica, desarrollan estrategias en contra de las formas atípicas de huelga que inexorablemente se presentan.

(14) BAYLOS GRAU, Antonio. *Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social*, p. 82 según cita de ERMIDA URIARTE, Oscar. Ob. cit., p. 41.

(15) ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y SALA FRANCO, Tomás. *Derecho Sindical*. Valencia, 1996, p. 457, según cita de GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Ob. cit., p. 415.

(16) OIT. *La libertad sindical*. 4ª ed. Ginebra, 1996, p. 115 y 5ª ed. revisada 2006, p. 119.

Muchas veces, las formas atípicas de huelga son excluidas del concepto de huelga por la legislación o por decisiones del Poder Judicial u opiniones de la doctrina, que en algunos casos, no interpreta el derecho y la realidad bajo el designio de la dogmática tuitiva del derecho del trabajo.

La limitación del concepto de huelga genera un funcionamiento deficiente del derecho fundamental. Para evitar esta situación se han propuesto dos soluciones: a) prescindir de una definición “a priori” de la huelga y entonces será huelga lo que por el uso o práctica habitual de los trabajadores organizados se vaya consolidando como una modalidad de este derecho, o b) generar un concepto amplio de huelga que siempre será tentativo y provisional, porque siempre correrá el riesgo de quedar desactualizada dado el dinamismo que se da en esta materia⁽¹⁷⁾.

Es imprescindible marcar que la función protectora que despliega el derecho del trabajo, en muy buena parte, se realiza a través de ejercicio de los derechos de la autonomía sindical (sindicación, huelga y negociación colectiva) y por esa razón es necesario energizar al derecho de huelga o al menos no ponerle obstáculos por la vía de su restricción conceptual.

Como dice Plá Rodríguez la vida no corre en vano y la experiencia indica que en esta materia hay una dinámica natural derivada de la búsqueda de eficacia tanto en la función compensadora de poder, como en la función que refiere al derecho de participación en los temas de interés general (políticos, económicos o sociales). Por esta razón, habilitar el ejercicio del derecho de huelga sin restricciones conceptuales, admitiendo todas las medidas implementadas por los trabajadores organizados, es una postura correcta desde la perspectiva del derecho laboral⁽¹⁸⁾.

En síntesis, para entrar en un esquema acorde con la funcionalidad del derecho de huelga es necesario dejar atrás esta discusión y liberar las modalidades de la huelga a la acción (utilización de mecanismos de autotutela) de los trabajadores organizados colectivamente⁽¹⁹⁾ y en este sentido, los únicos límites admisibles serían aquellos que surgen de la relación o influencia del ejercicio del derecho de huelga con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, seguridad y salud de las personas, los llamados límites

(17) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La flexibilización*. Ob. cit., p. 47.

(18) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Montevideo, 1975, p. 290. Luego en las ediciones posteriores de esta obra (1978) p. 317 y (1998) p. 402, el autor vuelve a repetir que: “(...) hay un dinamismo natural derivado de la búsqueda de la eficacia de los instrumentos de lucha que se crean, se modifican, se transforman siempre en procura de mayor eficacia” y más adelante agrega: “Salvo el sabotaje (...) cualquier otra forma de lucha puede ser mirada como una manera de huelga”.

(19) MANTERO ALVAREZ, Ricardo. *Límites al derecho de huelga*. FCU, Montevideo, p. 53 a 66.

externos al derecho de huelga que pacíficamente han sido admitido cuando a consecuencia de la huelga se interrumpen servicios o prestaciones consideradas esenciales.

En estos casos el derecho del trabajo acude a mecanismos que equilibran los intereses de los habitantes con los de los trabajadores en conflicto⁽²⁰⁾, generando para estos últimos garantías compensatorias ante la disminución o eliminación de los efectos de la huelga sobre el empleador, el estado y los usuarios. Claro que estas restricciones serán aceptadas siempre que se presenten como excepción a la regla general de la autonomía de la acción sindical (autotutela).

En este sentido, la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical establece que ante la declaración de servicios esenciales se les debe proporcionar a los trabajadores en huelga una protección adecuada en salvaguarda de sus intereses, y conjuntamente habilitar mecanismos paritarios de conciliación arbitraje adecuados, imparciales y rápidos⁽²¹⁾. Por otra parte, dado su carácter excepcional, resulta prudente que el acto de restricción del derecho de huelga sea justificado y razonable y que se atenga a los principios de: a) proporcionalidad de la restricción, b) sustituibilidad del servicio afectado por la huelga por otros servicios distintos y c) de neutralidad de actuación del poder público.

Todo esto sin descartar que puedan funcionar conductas autoregulatorias del conflicto. En efecto, los sindicatos pueden establecer qué servicios mínimos quedarán funcionando durante la huelga en un sector de servicios esenciales. Salvo que existan protocolos de los sindicatos creados con la intención de aplicación permanente, en general las conductas autoregulatorias se agota en el caso concreto, es decir, que no sobrevive ante posteriores convocatorias de huelga. Nada impide que estas regulaciones puedan formalizarse en un convenio colectivo de trabajo, sin embargo, esto no es una práctica habitual.

III. LA PROMOCIÓN, EL FOMENTO Y LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE HUELGA

En casi todos los países de América Latina, existen legislaciones muy rígidas en materia de relaciones colectivas de trabajo. Estas legislaciones se caracterizan por ser muy reglamentarista, interventora, rígida, limitativa y a veces opresora en materia de libertad sindical, negociación colectiva y derecho de huelga⁽²²⁾.

(20) *Ibidem*, p. 179.

(21) OIT. *La libertad sindical*. Ob. cit., p. 124.

(22) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La flexibilización de la huelga*. FCU, 1999, p. 17.

En muchos de nuestros países a la legislación interventora y limitativa de la huelga se suma la judicialización del conflicto colectivo, tendencia que viene determinada, en las intenciones más plausibles, por una visión que solo maneja como objetivo la solución de la controversia, sin reparar que esa es una visión incompleta del fenómeno del conflicto colectivo de trabajo.

Como dice Barbagelata, el conflicto que informa el derecho del trabajo no se presta sino en una mínima parte, a su resolución por vía jurisdiccional. Esta característica es propia del particularismo del derecho del trabajo y no una insuficiencia o imperfección del sistema como en algún momento se pensó⁽²³⁾.

Así las cosas, tanto por la vía de la legislación restrictiva o de la judicialización inapropiada, es evidente que el derecho de huelga está colocado en una situación no funcional, dado que sufre la peor de las intervenciones, la que socava su ejercicio.

En lugar de contar con un marco jurídico que facilite el ejercicio del derecho fundamental, eliminando los obstáculos y proscribiendo las prácticas antisindicales desarrolladas en su contra, buena parte de la legislación latinoamericana hace todo lo contrario.

Esta situación es efectivamente una situación crítica que se deriva de una acción estatal desviada, indebida, contraria a derecho y en muchos casos inconstitucionales⁽²⁴⁾.

Desde la teoría general del derecho del trabajo se plantea la búsqueda de la igualdad sustancial, lo que determina que sea implementada una legislación promocional del hecho huelguístico⁽²⁵⁾. El reconocimiento del derecho de huelga importa su tutela y promoción y por eso, el estado social de derecho asume con ropaje constitucional la protección jurídica de la huelga.

(23) BARBAGELATA, Héctor Hugo. *El particularismo del Derecho del Trabajo*. FCU, 2009, p. 40.

(24) Por ejemplo, sobre el alcance del artículo 21 de la ley 18.566 Barbagelata ha sostenido que atribuirle "(...) a la justicia laboral competencia para entender en una posible fuente de conflictos colectivos de trabajo, además de constituir una alternativa inconveniente, es inconstitucional". En: rev. *Derecho Laboral* T. LIV N° 241. p. 38. Por su parte, la doctrina chilena ha criticado con énfasis distintas disposiciones normativas del Código de Trabajo como por ejemplo, la que permiten el reemplazo de huelguistas si el empleador cumple con el requisito de la última oferta y un bono de reemplazo (art. 381), o la prohibición de la huelga a través de una lista de empresas que prestan servicios considerados esenciales como por ejemplo, las empresas eléctricas (art. 384). Ver. UGARTE CATALDO, José Luis. *La Corte Suprema y derecho de huelga: Aquí no, por favor*. Estudios Laborales, Ed. Especial, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo/Legal Publishing, Viña del Mar, 2010, p. 90 y ss. y del mismo autor: *Huelga y servicios esenciales: el estrangulamiento institucional de un derecho fundamental*, misma publicación p. 92 y ss. y GAMONAL CONTRERAS, Sergio. "La huelga en Chile: Perspectivas y problemas". En: rev. *Derecho Laboral*. T. LIV, N° 242, p. 293 y ss.

(25) BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Ed. Trotta, Madrid, 1991, p. 135.

Esto no quiere decir que todos los ordenamientos jurídicos deban regular uniformemente, las distintas variables técnicas que integra su régimen jurídico (titularidad, sujeto pasivo, objeto, etc.), sin embargo, todos los ordenamientos jurídicos que se precien de estar integrados a una sociedad democrática y participativa, basada en derechos fundamentales, debe afiliarse a un modelo de huelga-derecho interpretado conforme con la Constitución.

Existen tres modelos normativos de la huelga-derecho: a) el modelo contractual, donde el derecho de huelga se reduce a las relaciones de negociación colectiva, y por esta razón la huelga queda funcionalmente reducida a ser solo un instrumento de la negociación colectiva. Si no hay negociación colectiva la huelga es ilícita. En este modelo quedan excluidas todas las demás acciones que los trabajadores puedan emprender en defensa de sus intereses y que no estén referidas a la negociación de un convenio colectivo. La huelga en este caso queda limitada a ser un apéndice funcional de la negociación colectiva⁽²⁶⁾, b) el modelo profesional, en el que se considera que la huelga es un medio de autotutela colectiva en todos los aspectos de la relación laboral, siendo este el ámbito en el que esta puede desarrollar su acción y determinando de esta manera el titular del derecho, el sujeto receptor y el objeto de la huelga. En este modelo quedan excluidas las huelgas políticas, de solidaridad, etc., y c) el modelo universal del derecho, en el que se concibe a la huelga como un mecanismo de autotutela de los trabajadores en todos los ámbitos de la vida social. Este modelo le da a la huelga una gran importancia como medida de conflicto en la sociedad y legitima la defensa de cualquier interés económico y social que los trabajadores consideren como propio⁽²⁷⁾. Un modelo normativo abierto que energiza y promociona el derecho de huelga.

En efecto, partir de la premisa que la huelga debe ser garantizada como un derecho fundamental, deja automáticamente al descubierto que a nivel jurídico en latinoamérica existe un doble discurso, que por un lado muestra el reconocimiento constitucional del derecho y, por otro, ese mismo derecho es socavado o eliminado por la autoridad legislativa, la administrativa o la judicial. No nos estamos refiriendo a la brecha entre el derecho y la realidad que lamentablemente caracteriza a los sistemas latinoamericanos, nos referimos a que el propio orden jurídico a nivel infra-constitucional, interviene sobre el hecho de la huelga pero alejándose de la norma constitucional y colocando al derecho fundamental más lejos de ser utilizado en la práctica a través de una reglamentación que disminuye sus posibilidades como cuando le impone requisitos formales para su legalidad o rechaza algunas de sus modalidades a través

(26) MANTERO ALVAREZ, Ricardo. Límites... Ob, cit., p. 49.

(27) PALOMEQUE, Carlos. *Derecho del Trabajo*. 6ª ed. Ed. Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 541.

de una definición restringida del concepto de huelga o lo que es teóricamente inadmisibles, dejando la libertad sindical reducida a su faceta individual⁽²⁸⁾.

Aunque podamos decir lo obvio, es necesario recalcar que el estado de derecho tiene el deber ineludible de promover y dar eficacia a los derechos fundamentales, dotándolos de adecuada protección y materializando, de ser necesario, las modificaciones legales que sean necesarias para poner fin a las restricciones que los limiten, haciendo posible la realidad de su ejercicio pleno.

Si el papel de la legislación es determinante del ejercicio del derecho fundamental, la jurisprudencia también tiene un rol muy destacado.

En muchos ordenamientos, de una forma u otra, la jurisprudencia ha tenido un papel importante en la creación de los márgenes de actuación del derecho de huelga. Aún en aquellos países donde los conflictos colectivos no son competencia material de los tribunales de trabajo y más allá de lo inconveniente que esto resulte para algunos, igual se producen actuaciones judiciales donde se ventila varios aspectos del derecho de huelga. Las resoluciones judiciales terminan incidiendo en el ejercicio de este derecho. Tal es el caso en Uruguay de las sentencias judiciales dictadas en procesos de amparo iniciados contra las ocupaciones de los lugares de trabajo.

Como en todos los temas, la intervención de la jurisprudencia puede ser evolutiva o regresiva. En el caso del derecho de huelga, por tratarse de un derecho fundamental de carácter progresivo e irreversible⁽²⁹⁾, solo podría aceptarse que la jurisprudencia participe de la evolución del derecho fundamental, generando fallos que promulguen interpretaciones acordes con la naturaleza, finalidad y efectividad del derecho en juego.

Sin embargo, no parece ser esta la participación que la doctrina chilena describe de los dictámenes de los tribunales de justicia de ese país⁽³⁰⁾, ni tampoco lo que se desprende de los comentarios a las sentencias que resuelven las acciones de amparo en los casos de la ocupación de los lugares de trabajo en Uruguay⁽³¹⁾.

(28) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “La protección de las garantías constitucionales laborales en Chile”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. XLVI, N° 209, p. 80.

(29) BARBAGELATA, Héctor Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. FCU, Montevideo, 2009, p. 243 y 245.

(30) Véase UGARTE CATALDO, José Luis y GAMONAL C. Sergio *supra*, cita N° 23.

(31) Puede verse sobre este punto los comentarios de GIUZIO, Graciela. “Ocupación de los lugares de trabajo, Comentarios sobre los fallos del caso ‘Coltirey’”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. XLIX, N° 224 p. 883 y ss., MOREIRA. “Tres temas vinculados a la ocupación de lugares de trabajo”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. L, N° 228, p. 905.

En la jurisprudencia de los órganos de contralor de la OIT también existen señales de una tendencia negativa (regresiva) respecto del ejercicio del derecho de huelga. Históricamente la actividad del Comité de Libertad Sindical (CLS) y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEANR) de la OIT, desarrollaron una actividad de control de cumplimiento de las normas internacionales del trabajo con un marcado signo protector de los trabajadores, de sus organizaciones y de las actividades sindicales que estos desarrollan. Se generó así, una jurisprudencia de mucha influencia en la doctrina laboral, que fue utilizada como referencia para la doctrina del derecho colectivo del trabajo y que contribuyó notablemente a la evolución del derecho de huelga.

Sin embargo, en los últimos tiempos en los repertorios de decisiones de estos órganos de contralor y especialmente del Comité de Libertad Sindical, se aprecia una tendencia interpretativa de los derechos fundamentales que se aparta de finalidad tuitiva de las normas internacionales⁽³²⁾.

Esto ocurre concretamente con el derecho de huelga, cuando el CLS amplía el concepto de servicios esenciales⁽³³⁾ y cuando establece posiciones que generan la ineficacia de la ocupación de lugares de trabajo⁽³⁴⁾.

En el primer caso, el CLS opera un cambio que incluye en el concepto estricto de servicio esencial los “servicios públicos de importancia trascendental”⁽³⁵⁾ y cuando afirma que es necesario un servicio mínimo “para garantizar que se satisfagan las necesidades esenciales de los consumidores”⁽³⁶⁾. Estas referencias evidentemente limitan el ejercicio del derecho de huelga y contradicen una jurisprudencia que por años fue bien aceptada. Conjuntamente con este cambio conceptual, el CLS ha ampliado la lista de las actividades que para ese órgano, reciben la calificación de servicios esenciales, incluyendo actividades que en pronunciamientos anteriores no las consideraba como tal⁽³⁷⁾.

En el caso de las ocupaciones de los lugares de trabajo el CLS también cambia de rumbo y aporta conceptos regresivos sobre el derecho de huelga.. En el informe 356 producido en el caso 2699 a raíz de una queja presentada

(32) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica...” Ob. cit., nota 18, p. 236.

(33) *Ibidem*. Ob. cit., p. 237.

(34) BARBAGELATA, Héctor Hugo. “A propósito de un reciente informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. LIII, N° 238, p. 234 y ss. y Editorial de la rev. *Derecho Laboral*. T. LIV, N° 241.

(35) OIT. *Libertad sindical*. Recopilación de decisiones del CLS, 5ª ed. Ginebra, 2006. p. 134 (621).

(36) *Ibidem*. p. 134 (624).

(37) OIT. *Libertad sindical*. Recopilación de decisiones del CLS. 4ª ed. Ginebra, 1996 y 5ª ed. revisada, 2006 p. 126.

por organizaciones de empleadores⁽³⁸⁾, el CLS confirma que la ocupación de los lugares de trabajo es una forma del ejercicio del derecho de huelga pero al mismo tiempo indica que la medida debe “(...) respetar la libertad de trabajo de los no huelguistas, así como el derecho de la dirección de la empresa de penetrar en las instalaciones de la misma”⁽³⁹⁾.

Comentando esta decisión Barbagelata expresa que el informe es incongruente porque es totalmente incompatible que exista la ocupación de los lugares de trabajo con la posibilidad de que ingresen al establecimiento ocupado trabajadores que no participan de la medida con el propósito de trabajar, cuando la sustancia misma de la ocupación del lugar de trabajo, en todas partes del mundo, es asegurar la interrupción absoluta de la actividad laboral de todo el personal involucrado⁽⁴⁰⁾.

Ermida destaca que la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical sufre un cierto proceso de “conservadurización”⁽⁴¹⁾ que opera en contra de la plena expresión del derecho de huelga lo que es al menos impropio de un órgano, que como recuerda Barbagelata, fue creado para el control del cumplimiento de los derechos de los trabajadores y de sus organizaciones.

Una tendencia diferente se aprecia en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales o superiores actuando a nivel constitucional de varios países latinoamericanos⁽⁴²⁾. Se trata de una jurisprudencia que hace evolucionar el derecho laboral basada en que los derechos laborales son derechos humanos fundamentales.

Como dice Barretto aludiendo a esta realidad: “Lo nuevo del enfoque no se agota en la esfera de la materialidad del derecho tenido en cuenta para la adopción de la decisión. El fenómeno se vincula a cambios más profundos en la consideración y función del derecho, en tanto deja de ser concebido como un sistema formal de coherencia lógica apriorística para aceptarse la pluralidad

(38) Las organizaciones fueron: La Cámara de Industrias del Uruguay (CIU), la Cámara Nacional de Comercio y Servicios (CNCS) y la Organización Internacional de Empleadores (OIE).

(39) Informe N° 356 del Comité de Libertad Sindical, Caso núm. 2699, rev. *Derecho Laboral*. T. LIII, N° 238, p. 375.

(40) BARBAGELATA, Héctor Hugo. “A propósito...” Ob. cit., p. 238.

(41) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica...” Ob. cit., p. 236.

(42) Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia de 1999 en rev. *Derecho Laboral*. T. XLII, N° 197, p. 145., Sent. del Tribunal Constitucional de Perú de 2002 en rev. *Derecho Laboral*. T. XLIX, N° 221, p. 169. y Sent. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2004) en rev. *Derecho Laboral*. T. XLVIII, N° 217 p. 156.

Aunque se trata de un dictamen de un tribunal de inferior jerarquía, por ser una de las primeras en esta línea jurisprudencial, merece la mención la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia de Trabajo N° 59 en rev. *Derecho Laboral*. T. XLI, N°191, p. 843 con comentada del profesor H.H. Barbagelata.

de fuentes, la proliferación de conceptos jurídicos indeterminados y el ingreso de varios criterios de juzgamiento, que no desdeña cierta permeabilidad de las fronteras antes infranqueables entre ética y derecho”⁽⁴³⁾.

Quiere decir que al acierto de recurrir a fuentes del derecho laboral tanto nacionales como internacionales (Convenio Internacionales del Trabajo, Pactos, Declaraciones y Protocolos) y a fuentes de derecho como la costumbre, los principios y valores que emergen del plexo constitucional y que integran el llamado bloque de constitucionalidad⁽⁴⁴⁾ se agrega una adecuada tarea de interpretación del derecho con base en los criterios axiológicos que desemboca en la finalidad protectora de los derechos laborales fundamentales⁽⁴⁵⁾.

Es que esta jurisprudencia ha logrado generar un sistema de aplicación del derecho vigente que puede considerarse como una nueva manera de juzgar y que tiene por principal finalidad activar la protección que contiene la norma laboral. Esta nueva forma de aplicar el derecho vigente, parte de cuatro reglas principales: a) la aplicación obligatoria y directa de los convenios y tratados internacionales como norma mínima, b) la aplicación de la norma más favorable como criterio de interpretación esencial del derecho aplicable y de comparación entre la norma nacional y la internacional, c) la aplicación de los principios del derecho del trabajo y d) la aplicación de las ideas-fuerza que derivan del bloque de constitucionalidad, como el trabajo decente o la dignidad del trabajador, la justicia social y la igualdad material o sustantiva.

En síntesis, esta nueva jurisprudencia han operado una revalorización del papel de los derechos constitucionales entre los que se encuentra el derecho de huelga y por lo tanto, es en esta línea que la jurisprudencia laboral debe proyectar su actuación en el futuro.

IV. LA EFICACIA DEL DERECHO DE HUELGA

La eficacia es un concepto esencial a la dogmática del derecho de huelga. No se concibe una huelga que no sea eficaz presionando al empleador, distorsionando el normal funcionamiento de la empresa o haciendo una manifestando

(43) BARRETTO GHIONE, Hugo. “Aplicación de las normas internacionales sobre derecho humanos laborales en América Latina: reseña de diez casos jurisprudenciales. En: rev. *Derecho Laboral*. T. I, N° 228, p. 789.

(44) BARBAGELATA, Héctor Hugo. “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. XLVII, N° 214, p. 213.

(45) BARBAGELATA, Héctor Hugo. “El camino hacia la integración del Derecho del Trabajo en el sistema de los derechos fundamentales y su aplicación efectiva por los tribunales de justicia”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. LI, N° 232, p. 734 y ss.

elocuente de la posición de conflicto, en temas que involucran los intereses de los trabajadores y de sus organizaciones.

Inevitablemente la huelga es una expresión del derecho al conflicto que surge de: a) la composición plural de intereses integrante de una sociedad dada, b) la subordinación económica y jurídica que caracteriza la relación laboral y c) su reconocimiento y su articulación no autoritaria.

Todos estos son componentes básicos del derecho fundamental de huelga y sobre ello se desarrollan en sociedades que se organizan en sistemas democráticos avanzados. Por esta razón, desde el punto de vista político existe una articulación necesaria entre derecho y conflicto y por eso todo régimen autoritario rechaza este último.

Desde el punto de vista sociológico el conflicto es la principal categoría explicativa del cambio social y del progreso y de muchos otros hechos que se producen en el ámbito de las relaciones laborales⁽⁴⁶⁾.

Desde el punto de vista jurídico el conflicto es base de todo el derecho. Como dice Ferrajoli en la historia de la humanidad no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en el escritorio⁽⁴⁷⁾. Todos son fruto de conflictos.

En particular el conflicto laboral y más concretamente el conflicto colectivo, es el sustrato fáctico del derecho del trabajo tiene la potencialidad de generar derechos concretos.

La empresa que nace de la revolución industrial es una estructura de dominación y en ella los trabajadores son los subordinados. En este esquema el conflicto no es una patología del sistema de relaciones laborales, al contrario, es un fenómeno natural y normal de este tipo de relaciones jurídicas. El conflicto es inevitable por ser la materialidad de la relación laboral.

Es así que el conflicto colectivo de trabajo elevado al rango de derecho humano fundamental a través de su principal manifestación, la huelga, es la prueba irrefutable de la funcionalidad y de la importancia del conflicto laboral.

Pues bien, sentada la premisa de la naturalidad y funcionalidad del derecho de huelga como expresión del conflicto laboral, es necesario pensar en

(46) Son ejemplo de este tipo de situaciones la distinción que hace la sociología entre los “conflictos reales” derivados de la desigualdad de base ya referida y a la insatisfacción o contraposición de intereses y los “conflictos irreales o provocados” que tienen una finalidad distinta, a veces frecuentemente utilizados para presionar a un tercero, lo más habitual al Estado.

(47) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. p. 945.

que coordinadas este derecho tiene que desarrollarse para tener una eficacia suficiente para cumplir su función.

Desde esta perspectiva el derecho de huelga esta sometido a la presión de otros derechos que también están constitucionalmente protegidos. Es decir que el derecho de huelga si bien pudo haber superar algunos obstáculos al ser reconocido como derecho fundamental, igualmente se enfrenta al desafío que le impone la competencia de otros derechos que también están integrados al bloque de constitucionalidad.

Algunos criterios generales de la teoría del derecho laboral nos permitirán obtener algunas claves de una posible solución al conflicto entre derechos fundamentales fundada como corresponde en el derecho mismo.

La primera clave de solución o referencia es al propio origen del derecho del trabajo. Este nace con la finalidad de reducir, limitar o en todo caso encausar el poder del empleador en la organización de trabajo e impuesto a las personas que trabajan. Se trata de un derecho referido y focalizado sobre la persona física (humana) que trabaja, en este sentido, lo que define al derecho del trabajo es su carácter antropocéntrico, que ubica al hombre, persona física, en el centro de la cuestión en debate y del sistema jurídico imperante. Todos los derechos referidos a esta visión son prioritarios por ser destinado a la protección del hombre.

En segundo lugar, la caracterización de los derechos de quienes contratan o emplean al trabajador, se integran al sistema de relaciones laborales con la *pérdida de peso* que implica su aplicación a la actividad lucrativa. La simbiosis del capital con el trabajo humano genera una disminución del peso relativo de los derechos de los empleadores. El capital, la propiedad del capital, la propiedad de otros bienes, el derecho o la libertad a emprender o producir, comparten espacio con los derechos del trabajador –los derechos laborales, los derechos humanos– y por esta razón la actuación de estos derechos del empleador, se somete –voluntariamente– a lo que dispone el ordenamiento jurídico. Como dice Ermida: “cuando se contrata un ser humano para laborar para otro, no se contrata un ser despojado de derechos, sino a un trabajador que ‘ya viene’ con limitación de la jornada, negociación colectiva y derecho de huelga”⁽⁴⁸⁾.

(48) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Ocupación y solución...” Ob. cit., p. 260.

En tercer lugar, recurriendo a las más modernas doctrinas sobre derechos fundamentales se podrá ver como destaca Ermida en la obra citada anteriormente, que los derechos sociales priman sobre los patrimoniales.

La mezcla de categorías de derechos entre sí heterogéneos que fue realizada por el primer liberalismo, derivó en el equívoco de entender que el derecho de huelga está al mismo nivel de protección que el derecho de propiedad inmerso en la relación capital-trabajo.

Esta notable equivocación de décadas queda en evidencia cuando Ferrajoli, distingue entre derechos fundamentales (de libertad) y derechos patrimoniales (individuales). Los primeros son derechos universales, en el sentido de que son titulares de ellos todos los hombres, un derecho inclusivo; en cambio los patrimoniales son derechos singulares y excluyentes de todos los demás. Los derechos fundamentales están contruidos con base en la igualdad entre las personas que son titulares del derecho y en cambio, los derechos patrimoniales pertenecen a cada uno de sus titulares de manera diversa y excluyente, por lo que están en la base de la desigualdad jurídica⁽⁴⁹⁾. En la división y distinción de derechos constitucionalmente protegidos planteada por Ferrajoli, los derechos fundamentales a los que pertenece el derecho de huelga son universales, inclusivos e indisponibles, y estos son los derechos fundamentales en la terminología del autor italiano, en cambio, los derechos del empleador ya referidos que son de carácter patrimonial, son particulares, excluyentes y disponibles y que también son derechos constitucionalmente protegidos no son derechos fundamentales⁽⁵⁰⁾. Partiendo de esta diferenciación, la distinta base axiológica hace que los derechos fundamentales de libertad como es efectivamente el derecho de huelga, prevalezcan sobre los de contenido patrimonial⁽⁵¹⁾.

Estas argumentaciones de tan prestigiosa doctrina, podrían ser complementadas con otros tres argumentos. El primero es que en la estructura triangular de la libertad sindical, el derecho de huelga es un derecho generador de otros derechos, más derechos laborales, más derechos de ciudadanía universal. Esta virtud de derecho de huelga abona la tesis de su preferencia con respecto a los derechos constitucionalmente protegidos del empleador. El segundo, la huelga es un derecho que protege los derechos humanos fundamentales. Todos los derechos humanos fundamentales sin ninguna distinción. Como acertadamente afirma Mantero San Vicente, la huelga constituye un efectivo

(49) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4ª ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 46 y ss.

(50) ERMIDA URIARTE, Oscar. "Ocupación y solución..." Ob. cit., p. 261.

(51) Ídem.

y poderoso instrumento de defensa de los derechos humanos, de los derechos fundamentales en la terminología de Ferrajoli⁽⁵²⁾. El derecho de huelga tienen la virtud de ser un derecho fundamental y al tiempo, un medio de protección de los derechos laborales específicos y no específicos pero aún más allá del ámbito estrictamente laboral, también la huelga tiene una expresión tuitiva incuestionable.

En tercer lugar, el derecho de huelga genera derecho y beneficios incluso para aquellos que no participan en este, los “no huelguistas” o trabajadores que ingresan a trabajar con posterioridad a la huelga que dio lugar a nuevos derechos o beneficios. Frente a esta realidad presente en nuestros sistemas, no puede entonces plantearse como una oposición real de derecho concretos, el derecho al libre acceso a la fábrica de los no huelguistas vs. derecho de huelga. Mientras todos los trabajadores reciban los derechos y beneficios conquistados por el ejercicio del derecho de huelga, esta oposición no tiene ningún fundamento. El mismo razonamiento es aplicable para las huelgas llevadas adelante en defensa de derechos adquiridos o para exigir el cumplimiento de acuerdos o convenios incumplidos.

Por todas estas razones, las reglas de convivencia entre derechos constitucionalmente protegidos debe permitir que el derecho de huelga exprese toda su funcionalidad (equilibrio, defensa, creación y protección de otros derechos laborales), desplazando a un plano de mayor relatividad comparativa, a los otros derechos protegidos constitucionalmente que pretenden competir con el derecho de huelga.

La relatividad del derecho de huelga está desarrollada por el derecho laboral en el concepto de los servicios esenciales, donde como vimos, en forma contraria al derecho mismo, también se fisura la eficacia del derecho de huelga injustificadamente, abarcando más actividades dentro del concepto de esencialidad de las que corresponde incluir.

Pero fuera del concepto de servicio esencial descrito en la forma tradicional (afectación de la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población), otro recorte significa una pérdida de eficacia de la huelga sin fundamento válido.

Deben entender que los valores incluidos en el estado social de derecho dependen de cómo se interprete el derecho constitucional (bloque de

(52) MANTERO SAN VICENTE, Osvaldo. “Derecho del trabajo y derechos humanos fundamentales”. En: rev. *Derecho laboral*. T. XLVI, N° 211, p. 449.

constitucionalidad). Desde el punto de vista jurídico la interpretación correcta es darle preeminencia al derecho de huelga sobre todos los individuales de contenido patrimonial y sobre aquellos derechos individuales de que son titulares personas físicas (trabajadores) que sean beneficiarios de los resultados de la huelga. De no hacerlo el derecho de huelga perderá eficacia y tendrá que ser objeto de la crítica para determinar lo que no funciona y así poder corregirlo, para determinar en qué y cómo este instituto podría ser más eficaz. Una enseñanza, entre tanta otras, del profesor Oscar Ermida Uriarte.