

Ponencia no oficial ¹

Por Carlos Felipe Schwartz²

Ejercicio del derecho de huelga:

Garantía constitucional, nuevas modalidades de acción de conflicto y servicios esenciales.

Sumario: I.- Ejercicio del derecho de huelga: garantía constitucional, nuevas modalidades de acción y de conflicto. II.- Servicios esenciales. III.- Conclusiones.

I.- Ejercicio del derecho de huelga: garantía constitucional, nuevas modalidades de acción y de conflicto.

El trabajo de conectar la huelga como hecho social con su configuración jurídica, no puede prescindir de los cambios operados en las formas de organizar el proceso productivo, y, por lo tanto, de trabajar.

El salto iniciado desde la organización científica de la empresa en la década del setenta, dio sus primeros avisos en cuanto a que la acción dirigida a contrarrestar el verticalismo empresarial comenzaba a mostrar sus primeras fisuras. Es que la modalidad más común por aquél entonces -abstención colectiva y concertada de trabajo dentro de la empresa-, empezaba a evidenciar cierta carencia de efectividad cuando esta última tenía una fisonomía distinta, lo que le fue permitiendo al empleador ponerse a resguardo del daño provocado por esa modalidad de ejecución.³

¹ Ponencia no oficial para las XXII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social –AUDTSS- en colaboración con la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social –AADTYSS-, los días 14 y 15 de junio de 2024, en el Salón Azul de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Abogado –UNNE-. Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales – UNTREF-. Posgrados en UBA, OIT y UNR.

³ El daño provocado a la empresa vertical por la abstención colectiva, podía ser sofocado mediante la alta elaboración de stock. Sin embargo, en la empresa desmembrada en la que predomina el trabajo a demanda, las medidas se intentan mitigar, por ejemplo, mediante el reemplazo de huelguistas. En los últimos años, esto se facilita mediante el uso de algoritmos programados por la empresa principal para redireccionar pedidos en empresas contratistas

La construcción jurídica que se fue haciendo de la huelga en aquellos tiempos respondía a ese paradigma organizativo empresarial, por lo que las categorías normativas que se iban edificando se dirigían a la consideración de tales comportamientos en el marco del conflicto fabril intramuros de la empresa fordista.

También existía una ligazón importante entre los tres pilares que coexistían en este marco, que eran el sindicato, la huelga y la negociación colectiva.

El trabajador estable, que ingresaba a la fábrica y se jubilaba en la misma, era el destinatario de las elaboraciones jurídicas que se dirigían a protegerlo, lo que además se correspondía con las actuaciones colectivas que en el universo fabril se llevaban a cabo. El grado de colectivización de esa fuerza de trabajo que permitía mayores grados de extracción de plusvalía, al mismo tiempo engendraba para la clase trabajadora conciencia para sí en el marco de las experiencias comunes y compartidas en el ámbito de trabajo. Este tipo de fortalecimiento de la actividad colectiva facilitaba que el sindicato, también vertical, tuviera una intervención estelar.

Fuerza de trabajo, sindicato único por rama de actividad y negociación, más una intervención estatal fuerte, generaban mecanismos redistributivos; por lo tanto, la consideración de la huelga como abstención colectiva y concertada de la relación de trabajo no era restrictiva, sino que respondía a las modalidades de acción eficaces por aquellos momentos.

Al desmembramiento de la empresa vertical fordista, adicionamos en estos últimos años un escenario mucho más complejo, en el que la digitalización y la globalización provocan la desintermediación de las relaciones sociales y el impulso a la individualización del trabajo, con modificaciones vertiginosas, adquiriendo caracteres disruptivos y universales.⁴

ante huelgas en algunas de ellas, por mencionar algunas herramientas defensivas empresariales.

⁴ Bini, Stefano. La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo. Editorial Bomarzo, Primera edición, Albacete, España, 2021, p. 21 y 55 a 66.

El trabajo humano valorado en su dimensión social, encuentra en los medios utilizados un indicador de la forma social determinada que asume. Actualmente los medios van adquiriendo otro tipo de características, mucho más sofisticados y diversas a los inicios del capitalismo.

Sin embargo, el papel del medio de trabajo dentro del sistema fue explicado por Marx, en cuanto a que los mismos no sólo son escalas graduadas que señalan el desarrollo alcanzado por la fuerza de trabajo humana, sino también indicadores de las relaciones sociales bajo las cuales se efectúa ese trabajo.⁵

En cuanto al papel de la máquina en el sistema capitalista, es importante considerar la respuesta de Marx a Stuart Mill, referida a la consideración de la misma como herramienta del sistema para la extracción de ganancias, ante la cual el trabajo humano, si bien puede ser de menor esfuerzo muscular, se reproduce con un mayor automatismo y adaptación al ritmo mecánico.

En El Capital, en la parte inicial del Capítulo XIII, Maquinaria y gran industria, Marx reacciona contra Stuart Mill, quien había manifestado, en sus Principios de economía política, que era discutible que todos los inventos mecánicos hayan aliviado la faena cotidiana de algún ser humano. Marx le respondió que ese no era absolutamente el objeto de la maquinaria empleada por el capital, sino que, como todos los demás adelantos de la fuerza productiva del trabajo, era un medio de producción capitalista y se dirigían al abaratamiento de las mercancías y a la extracción de plusvalía, lo que se lograba reduciendo la parte de la jornada de trabajo que el obrero emplea para sí mismo y alargando la que da gratis al capitalista.⁶

En el contexto actual, debemos dimensionar qué papel juegan los medios utilizados para el mismo objetivo, claro que dentro de un mundo sustancialmente distinto -pero que mantiene su base material-, dado que la huelga es una reacción colectiva para lograr mejores condiciones de vida y de

⁵ Marx, Karl. El Capital, Tomo I, Libro primero, el proceso de producción del capital Vol. 1, p. 218. Edición a cargo de Pedro Scarón, traducción advertencia y notas de Pedro Scarón. Siglo veintiuno editores. Primera edición en español, 1975, vigesimocuarta reimpresión, 2009.

⁶ Marx, Tomo I, Libro primero, Vol. 2, p. 451.

trabajo, y sus modalidades de expresión dependen del escenario en el que se llevan a cabo. La respuesta jurídica, por lo tanto, debe acercarse al hecho social para regularlo, y, sobre todo, para garantizarlo.

Reducir la huelga como derecho libertad al ámbito del trabajador estable, que dentro de la empresa ejerce la acción colectiva mediante la abstención del trabajo como medio para arribar a la negociación colectiva, con fuerte apoyo sindical, importa desatender las múltiples facetas que en el mundo actual se manifiestan, ya sea en cuanto a los fines –mucho más amplios-, los sujetos – puede no ser apoyada por un sindicato-, los colectivos que la ejercen –puede no ser el trabajador registrado sino el informal, no sólo el presencial sino el virtual, etc.-, por nombrar algunos de los elementos que deben considerarse en la situación actual.

Ningún derecho o libertad puede ser observado desde la mera óptica formal, sin consideración de sus posibilidades reales de ejercicio. Los operadores jurídicos no podemos reflexionar a espaldas de la realidad social, por lo que debemos analizar las respuestas que desde el mundo del derecho se brindan ante tal fenómeno, de relevancia social.

La huelga va adquiriendo en su fenomenología diferentes modos de ser, expresados en diversas manifestaciones en la práctica, que se van gestando al compás de las características que en determinado momento histórico tengan las formas de organización productiva.

Los textos normativos deben ser resignificados de acuerdo a numerosos factores relacionados con la realidad social, y la huelga no es la excepción, sino que, muy por el contrario, en la misma esto se manifiesta con particular énfasis.

Aunque una norma se mantenga idéntica en su forma, lo que se modifica son las diferentes maneras de concebirla en la faceta interpretativa, atendiendo a los valores sociales vigentes al momento de efectuar el acto interpretativo, y por supuesto, las nuevas normas que interactúan con la misma, entre otras cuestiones.

Ese contenido debe ser producto del proceso que Ugarte Cataldo llama *concretización de contenido* del derecho fundamental de que se trate, lo que implica razonar jurídicamente de manera incluyente todo lo que se aparta de la frontera de contenido protegido por el derecho respectivo.⁷

Se trata entonces de ir dialécticamente del concepto a la norma, no sólo a partir de las reglas de hermenéutica de los derechos humanos -pro persona, evolutiva y sistemática-, sino de los principios del derecho al trabajo.

La interpretación evolutiva y sistemática de los derechos humanos, en clave “pro persona”, constituyen criterios de hermenéutica establecidos en obligaciones internacionales concretas y positivizadas – artículo 29, CIDH- que el Estado asume, en sus tres poderes.

“En la práctica los criterios de interpretación pro persona, evolutiva o sistemática interactúan para ofrecer el resultado interpretativo que proteja de manera más óptima o eficaz los derechos de las personas (Medellín Urquiaga, 2019; Núñez, 2017). De esta forma, una interpretación pro persona en su modalidad expansiva usualmente exige comprender el contexto en el que se desenvuelve el derecho y tal actividad puede implicar la remisión a un conjunto de normas articuladas que respaldan una operación hermenéutica. Asimismo, una interpretación evolutiva puede ser el resultado de una armonización de nuevas obligaciones contraídas por los Estados a nivel regional o universal, la adopción de nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos o el surgimiento de una costumbre internacional”.⁸

Tengamos en cuenta que la norma jurídica mienta sobre conductas, que, en el caso de la huelga, tienen una especial dimensión porque la intersubjetividad es colectiva. Todo esto lo hace portadora de una dimensión peculiar a la hora de su consideración interpretativa, no exenta de problemas.

⁷ Ugarte Cataldo, José Luis. Teoría del derecho de huelga, constitución y contenido protegido. Trabajo y derecho, N° 23, Sección Estudios, Noviembre 2016, Editorial Wolters Kluwer. La Ley, Chile, 8282-2016.

⁸ Correa de la Hoz, Enrique Javier. Crisis de eficacia del derecho de huelga en el mundo del trabajo. Una propuesta desde los derechos humanos, tirant lo blanch, Bogotá, 2024, p. 253.

Los textos legales tienen una dimensión semántica, que refieren a un contenido. Para proteger un determinado contenido debemos tener conocimiento del concepto, para poder a partir de allí tutelarlos y darle garantías de ejercicio.

Enrique Correa de la Hoz,⁹ en destacada obra de reciente publicación, de cierta manera rompe el molde en varios aspectos, uno de ellos, es el de la necesidad de conceptualizar a la huelga para proteger. Se inserta de este modo en una vieja discusión en cuanto a que la definición puede implicar desproteger o excluir ciertas conductas que, al ritmo de las metamorfosis en el mundo del trabajo, puedan quedar fuera del encorsetamiento legal.

Desde la perspectiva que aquí se propone, su apreciación no contradice algunas posturas anteriores, sino que las complementa.

Es que la significación legal será inconveniente cuando opere como un cerrojo ante nuevas conductas y modos de expresión de la huelga, lo que fue expuesto, entre otros, por Oscar Ermida Uriarte¹⁰, quien sostuvo que definirla es una manera de restringirla o limitarla. Sin embargo, hay que recordar que este destacado autor formuló como alternativa una definición amplia, remarcando ciertas características relacionadas a sus modos de ejecución y su finalidad de autotutela –las que sostuvo, eran provisorias-, resaltando que se trata de toda omisión, reducción o alteración del trabajo con finalidad de reclamo o protesta, o como alteración colectiva del trabajo con finalidad de autotutela¹¹.

Las tipologías legales deben ser abiertas. La norma jurídica debe proteger un contenido determinado del derecho libertad de huelga, y esto necesariamente requiere de cierta generalización tendiente a la ampliación del derecho tutelado, lo que además muestre la suficiente resistencia jurídica como para repeler interpretaciones restrictivas.

⁹ Correa de la Hoz, ob. cit., p. 133-137.

¹⁰ Ermida Uriarte, Oscar, La flexibilización de la huelga, Fundación de cultura universitaria, 1ª edición, septiembre de 1999, p. 44.

Una parte de este mecanismo de construcción jurídica también nos aporta Correa de la Hoz¹², quien sostiene la necesidad de dimensionar a la huelga como derecho humano, con todo lo que ello implica de cara a sus formulaciones teórico-normativas, adicionando esta visión a la dimensión conectada sólo con la libertad sindical y la negociación colectiva, aunque no desprendiéndose de la misma, sino complementándola a fin de articular un plan de regulación tutelar más amplio.

En este sentido, siendo la huelga un derecho humano fundamental, no admite otra regla de hermenéutica que o sea la de los derechos humanos.¹³

Lo que se puede o no hacer en la huelga, hasta dónde llegan los márgenes de tutela y hasta qué punto se limitan o no los derechos del empleador durante su transcurso, de qué manera debe ser regulada institucionalmente por el Estado, etc., nos conectan con cuestiones que los operadores jurídicos debemos considerar, y esto no puede prescindir de un contenido específico tutelar en cada caso. La dimensión normativa heterónoma debe guiar, como respuesta institucional, una visión garantista del contenido del derecho que se intenta proteger, y sobre la obligación estatal de garantizar estos derechos, la OC 27/21 fue muy explícita¹⁴.

Es tarea del operador jurídico acercar el fenómeno sociológico a la regulación jurídica formal, instando a la identificación en el plano del ser y del deber ser.

La interpretación evolutiva, tal como fue desarrollándose en el derecho internacional de los derechos humanos, es un criterio de hermenéutica ineludible si partimos de la base de que la huelga es un derecho humano.

La dimensión conceptual cobra vigencia a la hora de determinar de qué manera se activan las tutelas cuando se ejerce el derecho, y, a su vez, verificar de qué modo esto repercute en los poderes de la otra parte, los que en buena medida

¹¹ Ermida Uriarte, Oscar, ob. cit., p. 47/48.

¹² Correa de la Hoz, ob. cit., p. 81

¹³ Correa de la Hoz, ob. cit., p. 217 y siguientes.

¹⁴ Párr. 36.

se suspenden durante el ejercicio de la huelga -como el poder de dirección, de organización y sancionatorio-. Si una parte está protegida al ejercer este derecho, esto no puede ser observado sin la correlativa prohibición -temporal- de los poderes de la otra.

Sin un concepto preciso del contenido protegido, cuando la actividad hermenéutica se eche a andar, corremos el peligro de no tener las herramientas epistemológicas que nos permitan resolver el problema jurídico que se nos presente.

La CIDH –OC 27/21¹⁵ y “Extrabajadores C/Guatemala”-¹⁶ es muy clara en cuanto al criterio de hermenéutica pro persona que debe seguirse en el caso de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

En ese mecanismo evolutivo, mucho tienen que decir los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y sus órganos de supervisión y control.

El proceso de internacionalización que supuso para nuestro país la reforma constitucional de 1994, incorporando estos tratados con jerarquía constitucional -artículo 75, inciso 22-, readecúa la visión normativa que se pueda tener de la huelga en la normativa nacional, la que no admite posturas a espaldas del derecho imperativo internacional.

La OC 27-21 también es contundente en cuanto a las garantías que deben brindarse para el ejercicio de la huelga en el contexto actual. En su párrafo 200, establece que: “En relación con lo anterior, la Corte reitera que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos de los trabajadores y las trabajadoras, entre los cuales se encuentran los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. Asimismo, que el reconocimiento de estos derechos debe estar acompañado de garantías adecuadas para su protección. En ese sentido, y en relación con el cuestionamiento planteado por la Comisión Interamericana, el Tribunal advierte que la protección a los derechos antes mencionados debe ser entendida tomando en cuenta que las

¹⁵ Párr. 44, 46, 48, 49.

¹⁶ Párr. 91, 100, 103.

relaciones de trabajo evolucionan constantemente debido a diversos factores, entre los cuales destacan el uso de nuevas tecnologías digitales en el trabajo. Al respecto, la Corte destaca que los Estados tienen la obligación de adecuar sus legislaciones y sus prácticas a las nuevas condiciones del mercado laboral, cualesquiera que sean los avances tecnológicos que producen dichos cambios, y en consideración a las obligaciones de protección de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras que impone el derecho internacional de los derechos humanos”.

Interesa dejar en claro en esta primera parte de la exposición que la huelga necesita ser repensada desde el mundo jurídico, tanto de la regulación propiamente dicha como de los mecanismos interpretativos que se direccionen a preservar su contenido esencial.

Se debe partir de su consideración como un derecho humano, no escindido, claro, de la libertad sindical, para adicionar mecanismos protectorios que permitan dimensionar cuándo estamos ante una huelga, atendiendo a los cambios en las formas de trabajar.

La organización científica de la empresa, radicalizada por la irrupción de las nuevas tecnologías, va generando nuevas formas de trabajar y con ello, nuevos escenarios de conflicto y de configuración de identidades sociales.

Si el espacio de trabajo es virtual, pues allí se generan los nuevos arquetipos sociales con nóveles sujetos, que requieren una readaptación tanto de los modelos de representación como del ejercicio de sus derechos colectivos.

La huelga tiene entonces en ese ámbito otra fisonomía, otros actores sociales, pero por sobre todas las cosas, un escenario virtual, universalizado y transfronterizo, en el que las nuevas identidades van gestando elementos en común que las agrupan, y a partir de los cuales actúan colectivamente¹⁷, claro que con modalidades de expresión diferentes.

¹⁷ Bini lo ejemplifica en el trabajo contingente, precarizado en su misma identidad, como concepto funcional a partir del cual se puedan identificar y visibilizar problemáticas comunes aunque provengan de situaciones heterogéneas, para sintetizar intereses en procura de protección. (Bini, Stefano, ob. cit., p. 56 a 62).

En definitiva, se concluye que es necesario conceptualizar a la huelga, a fin de poder dimensionar en los casos concretos cuándo nos encontramos ante una acción de ese tipo que merezca la protección especial que el sistema debe dispensar a este derecho - libertad.

La misma debe dirigirse a garantizar un contenido protegido, en el que el aspecto principal de su ontología –causación del daño-, deba estar resguardado.

Para lograr dicho objetivo deben contemplarse diversos factores, que van desde la amplitud de los sujetos que pueden declararla –con o sin un sindicato que las apoye-, sus fines –que exceden los meramente dirigidos a la negociación colectiva e incluso los netamente ligados al trabajo, ya que pueden ser de protección del medio ambiente, por ejemplo-, o sus modalidades –lo que debe incluir todo tipo de acción u omisión que anule o altere el proceso productivo, en cualquiera de sus actividades centrales o periféricas-.

Desde el lado del empleador como sujeto pasivo, teniendo en cuenta que sus poderes de organización, dirección y sancionatorio¹⁸ se encuentran suspendidos durante la huelga, no se debe permitir ninguna acción tendiente a contrarrestar los efectos de la medida, aunque sea por medios tecnológicos. Esto tiene que ser particularmente considerado en empresas en red, puesto que se valen del desmembramiento empresarial y del uso de las tecnologías, ya sea para derivar trabajos a algunas de sus empresas periféricas –esquirolaje tecnológico- o para el reemplazo del trabajo humano por medio de la tecnología –programación de actividades televisivas que reemplacen a trabajadores durante la huelga-.¹⁹

II.- Servicios esenciales.

¹⁸ Claro que el poder sancionatorio también se encuentra limitado luego de las huelgas, dado que cualquier reacción de ese tipo con motivo de la misma será un acto discriminatorio.

¹⁹ Las situaciones pueden ser muy variadas según los escenarios. Por ejemplo, en la aplicación de sistemas programados para que los algoritmos ofrezcan mayor remuneración en tiempos de baja demanda, como ocurre en el trabajo mediado por plataformas digitales. Muchos ejemplos pueden verse en: Correa de la Hoz, ob. cit., p. 100 a 104.

Uno de los aspectos más conflictivos se presenta en la huelga en los servicios esenciales.

La mirada del operador jurídico necesariamente debe afinarse, a fin de poder pensar los institutos jurídicos de modo que resulten eficientes y eficaces para permitir la convivencia de la huelga con otros derechos humanos fundamentales.

Lo primero que debemos tener en cuenta entonces es que la huelga en los servicios esenciales tiene, desde la norma heterónoma, una herramienta técnica por cuyo intermedio permite restringir o limitar en parte su ejercicio - artículo 24, Ley 25.877-, y una justificación causal en la necesidad de preservar ciertos derechos fundamentales.

La articulación de huelgas en este ámbito constituye todo un desafío para los actores sociales, puesto que deben instrumentarse mecanismos para que la misma coexista con otros derechos, con sus efectos propios y con resguardo de su ontología –causación de daño, modalidades, etc.-, pese a conocerse de antemano que la libertad de acción en estos supuestos no tiene la amplitud que se genera en otros ámbitos.

Este desafío en la práctica exhibe numerosos problemas que por lo tanto se trasladan al abordaje jurídico, puesto que nuestro sistema normativo parte de la base de permitir que las partes pacten autónomamente –artículo 24, Ley 25.877- cuáles son los servicios mínimos y el personal mínimo que debe destinarse en cada caso.

Esto significa que el poderío decisorio respecto de la acción huelguística y su coexistencia con el respeto de otros derechos humanos fundamentales, se encuentra en poder de trabajadores y trabajadoras involucrados, y en su caso, de su sindicato representativo, para que articulen acciones en conjunto con el empleador, a fin de que no se llegue a tal punto de poner en riesgo la vida, la salud o la seguridad de todo o parte de la población, pero que tampoco se restrinja el ejercicio de huelga al extremo de hacerle perder su potencialidad lesiva.

El concepto de servicios esenciales es propio del derecho del trabajo, no debiendo confundirse con los que emanan de otras disciplinas.

El derecho del trabajo tiene un modo de racionalizarlo que es particular, suyo, y se integra con otras especialidades del derecho, como con otros saberes que interactúan a fin de poder conocer su objeto y regularlo.

Ahora bien, la esencialidad del servicio -no de la actividad-²⁰, debe adquirir una connotación precisa, forjada desde el derecho del trabajo, no importada con desnaturalización de su contenido, invadido por otras ramas del derecho. Nuestro sistema normativo parte de una definición cerrada de los servicios, para luego interactuar entre la autonomía colectiva, la Comisión de Garantías y la intervención estatal, tanto para la designación del servicio mínimo y el personal designado para tal fin en los servicios taxativamente mencionados por ley, como para la extensión de los servicios en determinados casos particulares.²¹

En cuanto a la dimensión conceptual de la huelga en servicios esenciales, no se advierten desde aquí mutaciones en su ontología ni en su consideración jurídica. La justificación de mecanismos de restricción o limitación para su convivencia con otros derechos fundamentales, no trastoca ninguna de sus características desde el plano del ser ni del deber ser.

Un aspecto que interesa resaltar es la responsabilidad que la entidad sindical puede tener en el incumplimiento de servicios mínimos que se hubiesen decidido. Jurídicamente no se pueden trasladar responsabilidades a la persona

²⁰ “No es la actividad sino el servicio lo que se considera esencial y reclama, en consecuencia, la garantía de su mantenimiento ... todos aquellos servicios accesorios, conexos, secundarios; en fin, marginales respecto del servicio esencial, quedan fuera del régimen legal de la huelga en los servicios esenciales”. (Tribuzio, José, La huelga en los servicios esenciales, en Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo, dirigido por Julio César Simón, 1° edición, 2° reimpression, Buenos Aires, La Ley, 1° reimpression 2014 Tomo II, p. 725).

²¹ Una explicación del sistema regulatorio escapa largamente al presente. Trabajos muy completos pueden verse en: García, Héctor Omar. La huelga en los servicios esenciales. En Tratado de Derecho del Trabajo. Dirección: Mario E. Akerman. Tomo VIII. Relaciones Colectivas de Trabajo – II, Rubinzal-Culzoni, 2ª reimpression, Santa Fe, 2013.; y también en: Tribuzio, José. La huelga en los servicios esenciales. En Tratado ..., ob. cit..)

jurídica sindical por incumplimientos de las personas destinadas a cubrir servicios mínimos.

Los y las huelguistas, obvio resulta decirlo, no trastocan su condición social ni su posición dentro de la estructura social, siguen siendo empleados y empleadas, y el sindicato sigue siendo un representante de sus intereses. Incluso, en la huelga no podemos hablar de representación, como en una negociación colectiva, en la que el colectivo está ausente y necesita ser representado.

En estos casos el sindicato puede acompañar, participar en la administración del conflicto, etc., pero no representar, puesto que la acción huelguística se materializa con la decisión de cada trabajador o trabajadora de adherir, poniendo en práctica un derecho individual que se ejerce colectivamente.

De esta manera, cuando el artículo 24, Ley 25.877, mienta sobre el deber de las partes de “garantizar” los servicios mínimos, lo que hace es otorgar la posibilidad de comenzar a intervenir en la decisión desde la autonomía colectiva, y en su caso, pactarlos con el empleador. Esto no implica que en forma directa el sindicato sea responsable en caso de incumplimiento de los huelguistas de ejecutar los que se hubieren decidido o pactado.²²

En todo caso, lo que hay que verificar es su accionar en la parte de la administración del conflicto que le cabe, es decir, en la formulación de acuerdos con el empleador sobre el porcentaje del servicio y del personal destinado, o en lo que resuelva con respecto a los mecanismos de composición, por ejemplo,²³ pero no en la acción material de cada sujeto

²² Una postura distinta fue expuesta en su momento por Héctor O. García: “Si el sindicato, como puede presumirse, respalda la convocatoria y consecuente ejecución de la medida de conflicto, se convierte de inmediato en responsable de garantizar la prestación por los trabajadores de los servicios mínimos que él mismo hubiere acordado o que hubieren sido fijados por el órgano arbitral independiente y, consecuentemente, será quien deberá afrontar las consecuencias derivadas del eventual incumplimiento. (García, Héctor O. En Tratado ..., ob. cit., p. 878).

²³ El Decreto 272/06 y modif., en su artículo 14, establece los distintos tipos de obligaciones sindicales. Dado que no es objeto del presente analizar el régimen sancionatorio a los sindicatos, sobre el que se pueden realizar numerosos cuestionamientos, se remite al trabajo siguiente: Cremonte, Matías, y Luna, Mario. A. El principio de autonomía y la

particular. En este tipo de conflictos, la práctica demuestra que es algo imposible de controlar por el sindicato, sobre todo en conflictos de importante alcance territorial.

Otra cuestión relevante a considerar, es que la determinación de los servicios mínimos y del personal que debe ser designado para tal fin, requiere de la ponderación circunstanciada para cada supuesto en particular. No es posible racionalmente, predeterminar en normas de alcance general este tipo de cuestiones, porque difieren en los casos particulares de acuerdo a la duración de las medidas, su alcance territorial, la cantidad de adherentes, y muchas circunstancias más que emergen de la realidad social.

El sistema normativo que reconoce y garantiza el derecho de libertad de huelga, al mismo tiempo verifica que, en situaciones de tensión con otros derechos de igual jerarquía, la restricción es admisible.

Este sistema de casos cerrados no regula, claro, la intensidad de la restricción, que debe contemplarse en cada caso.

El derecho a la vida, la salud o la seguridad de todo o parte de la población, no se enfrenta al derecho de huelga.

No se protegen estos derechos prohibiendo o restringiendo más allá de los límites racionalmente tolerables la huelga, sino que, en todo caso, la misma es un instrumento de la clase que vive de su trabajo para la realización de aquellos, sólo que, en casos particulares, la intensidad de ejercicio de la misma cede en parte para la preservación de los otros.

El Decreto 70/23 es un claro ejemplo de lo que no se debe hacer en materia de huelga en servicios esenciales. La conclusión salta a la vista, dado que -por mencionar algunos ejemplos- se amplió deliberadamente el catálogo de servicios, se adicionó el concepto de actividad -lo que puede ser aún peor en cuanto a la restricción en las mismas-, se predeterminó en una norma de alcance general el porcentaje mínimo de servicios que deben mantenerse, quitando casi en su totalidad la potencialidad lesiva ligada a la masividad en la

adhesión –se admite que sólo el 25 % o el 50 % puede hacer huelga, dependiendo de los servicios o actividades de que se trate-, etc. Ni que hablar del mecanismo inconstitucional de haberla impuesto por decreto.

La inclusión del concepto de actividad, dentro del marco de un decreto de estas características, y con la inseguridad jurídica que implica la apertura a la arbitrariedad estatal, no parece menor en cuanto a los riesgos en la práctica²⁴, puesto que paralizando en el 50 % computado sobre el total de una determinada actividad, tiene un efecto mayor que si se considera sólo al servicio que es esencial dentro de la misma.²⁵

Sin ingresar en el choque frontal entre la decisión por decreto y la Constitución Nacional, lo que se pretende manifestar aquí es la falencia a nivel regulatorio que exhibe en este aspecto, como en tantos otros. De hecho, más que intentar racionalizar este tipo de conflictos en aras de tutelar otros derechos fundamentales, lo que se intentó fue anular la huelga en gran cantidad de servicios y actividades.

Obsérvese que predeterminar los porcentajes admitidos de adherentes produce en realidad una anulación del derecho de huelga, sin consideración de la casuística particular, de lo cual, claro que no se puede ocupar una norma de alcance general.

Pensemos -por nombrar un ejemplo de un ámbito distinto-, que, así como el concepto de injuria del artículo 242, LCT, es privativo del juez o jueza -salvo en los supuestos que el mismo decreto no se privó de agregar, introduciéndose en

²⁴ Sobre las implicancias prácticas que puede tener la aplicación del decreto, me remito a: Schwartz, Carlos Felipe. El DNU 70/23 y la huelga en servicios esenciales. Una mirada desde la práctica. Revista de Derecho Laboral Actualidad. Suplemento Digital. La reforma laboral del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23. Dossier N° 8. Rubinzal-Culzoni. Marzo de 2024.

²⁵ Aunque es cierto que, como señalan García y Tribuzio, bien puede minimizarse jurídicamente la diferencia -entre servicios esenciales en sentido estricto y actividades de importancia trascendental-, dado que la limitación de la huelga es muy importante en ambos casos. (García, Héctor Omar y Tribuzio, José. La nueva regulación de la huelga en los servicios esenciales contenida en el DNU 70/23 y sus incompatibilidades con la garantía constitucional del derecho y la doctrina de los órganos de control de normas de la OIT. Revista de Derecho Laboral 2024:1. La reforma laboral intentada por el DNU 70/23. Edición en homenaje al Dr. José Daniela Machado. Rubinzal-Culzoni, p. 491).

potestades, además de legislativas, jurisdiccionales-, tampoco en este tipo de cuestiones puede prescindirse de la consideración particular.

Como último señalamiento interesa destacar que en los últimos años la actividad de la Comisión de Garantías ha sido muy escasa.

Si la norma no se aplica o si no arriba al resultado tenido en miras al establecerla, estamos ante una deficiencia normativa analizada desde el aspecto fenomenológico del derecho, lo que no puede ser desatendido.

Los problemas de eficacia y eficiencia normativa pueden ser ocasionados porque los mecanismos establecidos no son aptos, pero también, por cuestiones culturales y de relacionamiento en los actores sociales.

Pero si la norma no se aplica o no se consiguen sus fines, pues, se entiende, algo hay que hacer.

Deben ensayarse reformas normativas tendientes a que la Comisión de Garantías recobre una actuación real, eficiente y eficaz.

Si bien en un principio existieron dictámenes importantes, especialmente el Dictamen N° 1/10 del 23/11/10, sobre servicio de salud en la Provincia de Mendoza, en los últimos años existe una merma considerable en su actuación.²⁶

Esto es claro si consideramos que, entre 2010, luego del nombrado dictamen, se pronunció seis veces más hasta abril de 2014. De allí en más lo hizo recién en diciembre de 2020 –en forma virtual por la pandemia-, y luego se expidió sólo dos veces.

Mucho se puede discutir sobre los motivos que llevan a su inacción, o bien, a la falta de solicitudes de intervención por parte de los actores sociales.

Pero advertido esto, desde la esfera normativa se podrían ensayar diversas reformas.

Una de ellas podría ser el establecimiento de mecanismos legales en las legislaturas provinciales, que faciliten la derivación de los conflictos en el sector

²⁶ Agradezco la colaboración de los doctores Héctor Omar García y Jorge Alberto Pastorini, en la facilitación de la totalidad de los dictámenes de la Comisión de Garantías.

público provincial a la mentada Comisión, estableciéndose mecanismos ágiles y precisos.²⁷

Podría pensarse además en ensanchar su margen de actuación territorial, con designaciones en diversos sectores del país, con distintos integrantes.

La distancia territorial puede ser uno de los elementos que conspire contra la falta de peticiones que se formulan desde las partes en conflicto, y, consecuentemente, de sus escasas intervenciones en los últimos años.

Se podría pensar que la digitalización en parte puede mermar los efectos nocivos de la lejanía, pero la inmediatez proveniente de la presencialidad es necesaria en este tipo de conflictos, cuyos modos de procesarlos muchas veces depende de aspectos inherentes a las raíces culturales de cada lugar.

Son sólo algunos mecanismos que se expresan a fin de pensar colectivamente cómo podemos comenzar por revitalizar la acción del organismo independiente e imparcial que debe intervenir en estos casos.

Ocurre mucho en la práctica, sobre todo en algunas provincias, que ni siquiera se conoce su existencia, o en otros casos se la descarta aún a sabiendas de que el mecanismo normativo establecido a nivel federal –artículo 24, Ley 25.877 y decreto 22/26 y modif.-, establecen su intervención ineludible en determinadas situaciones.

Se prescinde de la misma y se acude directamente a la decisión del empleador, lo que ocurre mucho en el sector público, o a la intervención jurisdiccional directa, con las consecuencias nocivas que tienen las decisiones por parte de jueces o juezas que no tienen especialidad en la materia, mucho menos, en derecho colectivo.²⁸

²⁷ Esto fue advertido tempranamente, cuando la norma era aún en cierto modo reciente, por Héctor O. García. (García, Héctor O., en Tratado ..., ob. cit., p. 881/882).

²⁸ En el año 2019, un Juzgado Civil y Comercial de Resistencia, Chaco, en un conflicto en el sector público provincial y a instancias de un amparo presentado por el Defensor del Pueblo, podría decirse que obró como si fuera la Comisión de Garantías –al parecer, desconociendo su existencia-, ya que, entre otras cosas, decidió sobre los servicios mínimos que debían cumplirse, amplió el catálogo de servicios esenciales incluyendo, por ejemplo, al Registro Civil, además de incorporar dentro de los servicios que fueron limitados en el ejercicio del derecho de huelga, a distintas dependencias que tuvieran relación con el servicio de salud pública, como

Sobre este tipo de cuestiones mucho es lo que debemos debatir los operadores jurídicos.

Escapa al presente un análisis profundo del tema, pero comencemos por resaltar al menos que la creencia en los mecanismos democráticos de resolución de conflictos, debe partir del reconocimiento de las diferencias sociales y de la existencia de herramientas institucionales que permitan la coexistencia pacífica.

Los intentos de anular el disenso, de ingresar estatalmente en espacios de libertad de las personas y los grupos -como son los de la autonomía colectiva-, no sólo que no tienen resultados beneficiosos, sino que terminan por radicalizar los conflictos.

Dejar de demonizar a la huelga desde el discurso público sería un buen comienzo, o bien, cuando esto ocurre, no reproducir dichos mensajes desde el ámbito académico.

En definitiva, si el sistema tiene prevista la participación de la Comisión de Garantías, con facultades relevantes en este tipo de conflictos, siendo una parte importante de la estructura y fines del sistema –dada su pretendida independencia e imparcialidad-, su carencia de participación en los últimos tiempos es algo que no puede pasar inadvertido.

El qué y el cómo, dependerá de las diversas propuestas y de las discusiones e intercambios que deben hacerse en las distintas esferas institucionales, por lo tanto, aquí sólo se pretende realizar la advertencia y a su vez, brindar algunas opiniones sobre los temas que podrían discutirse.

III.- Conclusiones: La huelga se encuentra en un proceso de reacomodamiento en el mundo del trabajo, tanto desde la práctica, con distintos modos de expresión y modalidades de conflicto, como de su repuesta jurídica.

por ejemplo, Contaduría General de la Provincia-. Esto lo hizo “hasta tanto se ponga en funcionamiento la Comisión prevista por la normativa vigente”, en referencia a la Comisión de Garantías, la que, además, instó a que se conformara en el ámbito provincial. (Juzgado Civil y Comercial N° 6, Resistencia, Chaco. Sentencia de fecha 19-06-19, en autos “Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco –Dr. Gustavo Adolfo Corregido C/Dirección del Registro

Claro que cuando pensamos en la respuesta jurídica, esto excede largamente lo que se pueda identificar netamente con la norma.

Como se trató de manifestar con anterioridad, y más allá de las necesarias reformas que pueden pensarse a fin de garantizar el ejercicio del derecho o libertad que estamos analizando, el reacomodamiento de este apasionante instituto jurídico pasa en buena parte por su dimensión conceptual, a partir de la cual podemos reinterpretarla normativamente.

La huelga en servicios esenciales exhibe una faceta crítica, tanto en lo referido a la falta de identidad entre la práctica y la norma, es decir, lo que ocurre contrastado con lo normado, como en los límites o deficiencias que nuestras normas internas exhiben, lo que resulta muy caro a su dimensión fenomenológica.

La racionalización de este tipo de conflictos no es sólo un problema normativo, es un problema cultural en el sentido de la valoración que los actores sociales tienen respecto de los modos de relacionarse y engendrar mecanismos de disputa por los espacios de poder.

Muchas veces la realidad social –la escuela viva de los acontecimientos, diría Rosa Luxemburgo-, nos muestra numerosos escenarios que distan largamente de los que se expresan en la esfera normativa o se comentan en la bibliografía especializada.

Es la distancia estructural entre realidad y normatividad sobre la que mienta Ferrajoli. Sobre dicha distancia se deben construir los puentes que permitan acercar la letra de los textos a la realidad concreta.

Esto no puede hacerse sin consideración de la realidad fáctica, mucho menos, en nuestra apasionante disciplina cuya gestación obedece las disputas derivadas de las desigualdades materiales propias de la sociedad capitalista.

El derecho colectivo del trabajo, a su vez, presenta ciertas características problemáticas para ser captado en la tarea jurisdiccional, no sólo porque se trata de vínculos colectivos generados en el marco de relaciones intersubjetivas

complejas, y como se dijera, genéticamente conflictivas, sino también porque el abordaje epistemológico de sus institutos requiere una integración del juzgador o juzgadora con los presupuestos sociológicos sobre los que estos se construyen, por señalar someramente algunas de sus dificultades.

Por todo esto es que un instituto tan peculiar necesita de parte de los operadores jurídicos mucha atención y especialmente, un constante trabajo de reinterpretación de sus modos de expresión en la praxis, como de su significación en las normas y la interpretación que de las mismas podamos hacer.

En el entendimiento de que dicha tarea deber ser colectiva, y que es la práctica la que nos permite confrontar nuestro propio pensamiento con la realidad²⁹, siempre dinámica e inacabada, aquí sólo se expresan algunas inquietudes con la intención de discutir de qué manera podemos responder ante los nuevos desafíos que se nos presentan sobre esta temática que, sin dudas, es tan atrapante como socialmente relevante.

²⁹ Recordemos la frase de Jauretche: “Porque si el ratón de biblioteca, de hábitos sedentarios y anteojos gruesos, no es el más indicado para corregir el dato con las observaciones, tampoco basta con mirar para ver.” (Jauretche, Arturo, El medio pelo en la sociedad argentina: apuntes para una sociología nacional, 1° edición, 2° reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Corregidor, 2019, p. 11).