

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN ARGENTINA EN MATERIA DE TITULARIDAD DEL DERECHO
DE HUELGA**

**CRITICAL ANALYSIS OF THE DOCTRINE OF THE ARGENTINIAN SUPREME
JUSTICE COURT IN MATTER OF STRIKE RIGHTS OWNERSHIP**

Oscar Zas*

RESUMEN: Este trabajo analiza críticamente una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina que restringe la titularidad del derecho a declarar la huelga a los sindicatos formalizados e inscriptos. Para estos efectos, se estudian las normas de jerarquía constitucional y supralegal vigentes en Argentina que regulan el referido derecho y se las interpreta a la luz de los principios y reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como conclusión de ese análisis, surge una tesis amplia: la huelga es un derecho que puede ser declarado por una pluralidad de trabajadores o por los sindicatos.

PALABRAS CLAVE: derecho de huelga, constitucionalismo social, derecho internacional del trabajo, derecho internacional de los derechos humanos, principios y reglas de hermenéutica constitucional.

ABSTRACT: This paper analyses in a critical view a recent speech of the Argentinian Supreme Justice Court that restricts the ownership of the right of formalized unions to declare strike. To achieve this goal, we study the constitutional and legal rules regulating the right to strike in Argentina, and interpret then under the principles and rules of the International human rights. We conclude with a large thesis: the strike is a right that can be recognized by a group of workers or by the unions.

KEY WORDS: Strike rights. Social constitutionalism. International labor right. International human rights. Principles and rules of constitutional hermeneutics.

1. HECHOS Y DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA

La empresa postal demandada despidió al demandante imputándole haber participado en la convocatoria y realización de medidas de fuerza que, a criterio de la empleadora, debían considerarse ilegítimas porque no contaron con el aval de los sindicatos que representaban a los trabajadores. En la comunicación del despido la compañía aclaró que esas medidas consistieron en la celebración, en un lapso de dos semanas, de sucesivas “reuniones...en el lugar de trabajo y durante la jornada habitual” que afectaron gravemente el desarrollo normal de la labor.

Con fundamento en la ley 23.592, el actor en su demanda consideró discriminatorio el despido y solicitó la nulidad de esa decisión empresarial y la reparación de los daños y perjuicios sufridos.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia del juez de primera instancia que había admitido el reclamo de invalidación del despido y condenado a la demandada a reinstalar al demandante en su puesto de trabajo y a pagarle los salarios devengados desde la extinción contractual hasta la efectiva reincorporación y el resarcimiento del daño moral.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dejó sin efecto la sentencia de la Cámara, porque, según las normas federales que consideró aplicables, la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a una asociación sindical inscripta en el registro especial establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y no a un trabajador en forma individual o a un grupo informal de trabajadores ¹.

2. LA INTERACCIÓN HISTÓRICA ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL, EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Artigo recebido em 07 de novembro de 2016

* Profesor Titular de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, República Argentina.

¹ C.S.J.N, 7/6/2016, “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina S.A.”.

El momento de consolidación del Derecho del Trabajo como rama autónoma del ordenamiento jurídico tiene una doble dimensión: constitucional e internacional.

En efecto, los principios, reglas e instituciones que configuran esta disciplina adquieren plenitud al ser incorporados a las Constituciones Nacionales y al guiar la acción de la Organización Internacional del Trabajo concretada especialmente a través de los convenios y recomendaciones internacionales sancionados por este organismo creado al final de la primera guerra mundial. De la misma época data la primera constitución que recepta el Constitucionalismo Social: la de México de 1917.

Luego de la segunda guerra mundial toma fuerte impulso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos destinado a tutelar los derechos fundamentales de la persona humana y su dignidad.

La razón de ser del Derecho del Trabajo es la protección de la persona humana que enajena su fuerza de trabajo a cambio de un salario, a través de un conjunto de principios, reglas e instituciones que procuran compensar parcialmente las consecuencias desfavorables de esa relación de poder asimétrico.

El entero sistema jurídico tutelar de los trabajadores y las trabajadoras intenta cumplir su propósito esencial a través de una “desmercantilización” parcial de la fuerza de trabajo asalariada. Ese es el sentido de uno de los principios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo contenido en la Declaración de Filadelfia en cuya virtud “el trabajo no es una mercancía”.

La República Argentina incorporó expresamente a nivel federal el Constitucionalismo Social en la Constitución de 1949 y, luego de su anulación por un gobierno de facto, en la reforma constitucional de 1957 cuyo producto esencial es el actual art. 14 bis.

La reforma constitucional de 1994 ratificó expresamente el art. 14 bis y, a través de su art. 75, inc. 22, otorgó jerarquía constitucional y suprallegal a una serie de tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos, entre los cuales se destacan los convenios internacionales de la OIT, consolidando un nuevo paradigma jurídico.

3. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

La doctrina y la jurisprudencia aceptan la integración de todos los principios y reglas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno como en el internacional. Tal bloque de constitucionalidad de los derechos humanos representa la superación de la antigua disputa entre monismo y dualismo y abre el camino hacia el reconocimiento de un derecho de los derechos humanos supralegal y supraconstitucional, que ya no es meramente interno o internacional, sino universal ².

La Corte Suprema de Justicia de Argentina ha destacado en distintos precedentes establecidos en casos laborales que el principio *pro persona* determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana y censura toda exégesis restrictiva, pauta que se impone aun con mayor intensidad cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. Desde esta perspectiva corresponde descartar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contraría la jurisprudencia del tribunal concordante con la doctrina universal: el principio de favorabilidad ³.

Este principio es consagrado expresamente en los arts. 29, incs. b), c) y d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 5 y 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- (PSS), 19, párrafo 8 de la Constitución de la OIT y 1 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (CIAGS), entre otras normas internacionales de jerarquía constitucional y supralegal en Argentina.

El criterio de la “norma más favorable a las personas protegidas”, como lo denomina Cançado Trindade, contribuye a: 1) reducir o minimizar considerablemente las “posibilidades” de conflictos entre instrumentos legales en sus aspectos normativos; 2) obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, tanto en la dimensión vertical (tratados y derecho

Enlace con el caso (en español):

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7311563>

² Barbagelata, Héctor-Hugo, *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 221-2.

³ C.S.J.N., Fallos: 330:1989, 3/5/2007, “Madorrán, María Cristina c/Administración Nacional de Aduanas”; Fallos: 333:1361, 10/8/2010, “Ascuá, Luis Ricardo c/Somisa”; Fallos: 333:2306, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”; Fallos: 336:672, 18/6/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

interno), cuanto en la horizontal (dos o más tratados) y 3) demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos -garantizando los mismos derechos- sólo tienen el sentido de ampliar y fortalecer la protección. Lo que importa en última instancia es el grado de eficacia de la protección y, por consiguiente, prevalecerá la norma que en el caso concreto proteja mejor, sea del derecho internacional o del derecho interno ⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional y la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, el trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre éstas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente ⁵.

El principio *pro persona* da fundamento a una singular consecuencia en el terreno de la superposición normativa con arreglo a la cual no sería preciso elegir una cláusula y rechazar otra, sino combinar las dos a fin de reconstruir globalmente los derechos de los que la persona es titular. El problema en dichos supuestos no es la determinación de cuál protección debe prevalecer, sino el de armonizar los dos estándares de protección que pueden ser aplicados de manera acumulativa ⁶.

⁴ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume I, p. 544-545. Agrega el mencionado autor que el criterio de primacía de la disposición más favorable a las víctimas era aplicado a fines de la década de 1950 por la Comisión Europea de Derechos Humanos (petición n° 253/56, de 1958-1959) y recibió el reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas” (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 156. La Corte Suprema de Justicia de Argentina tuvo en cuenta la citada opinión consultiva en varios precedentes establecidos en materia laboral para fundar sus decisiones (C.S.J.N., Fallos: 332:170, 24/2/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A. c/Ministerio de Trabajo”; Fallos: 332:2403, 1/9/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”; Fallos: 333:2306, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”; Fallos: 334:1387, 15/11/2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”; Fallos: 336:672, 18/6/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”).

⁶ Gialdino, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, p. 371-2, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 116-117 y autores citados en su nota 275.

De conformidad con los criterios expuestos precedentemente, en materia laboral rige el principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable al trabajador, independientemente de si la norma es interna o internacional o si la interpretación es postulada por un tribunal nacional o un tribunal internacional u organismo de igual jerarquía encargados de la interpretación y la aplicación de la norma internacional pertinente ⁷.

Un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar ⁸.

En el caso específico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la DADDH como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso hacerlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración. La evolución del derecho americano en la materia es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho Internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación *erga omnes* ⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales ¹⁰.

⁷ Zas, Oscar, *El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales en el ordenamiento jurídico argentino*, en *Estudios Críticos de Derecho del Trabajo*, dirigido por Meik, Moisés, Asociación de Abogados Laboralistas y Legis, Buenos Aires, 2014, p. 455.

⁸ Corte Internacional de Justicia, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 a 31, cit. por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, párr. 37.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. 10/89, párr. 37 y 38.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 83. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tyrer v. Reino Unido, (No. 5856/72), sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la CADH, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ¹¹.

Esta evolución, como destaca Cançado Trindade, es reflejo de un fenómeno más profundo: la propia normativa internacional de protección es concebida, se desarrolla y se aplica impulsada por las nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos ¹².

El art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) prescribe: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin...".

En tal sentido, constituye criterio hermenéutico del cimero tribunal americano que las normas de la CADH deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la CADH, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos ¹³.

Tanto los principios de interpretación consagrados por la CVDT, como los resultantes del art. 29 de la CADH, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados. Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la CADH utilizando los principios yacentes, subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la CADH por virtud del art. 29.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán, sent. cit. en la nota 10, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas, sent. cit. en la nota 10, párr. 83.

¹² Cançado Trindade, Antônio Augusto, op. cit. en la nota 4, Volume II, p. 186.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 178.

Los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento convertida en derecho legislado por los arts. 2 y 26 de la CADH, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los derechos económicos, sociales y culturales ¹⁴

Según el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en otros precedentes, las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción. Esta conclusión se impone, con mayor fundamento, respecto de la Constitución Nacional que tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución ¹⁵.

De ahí que, además, para el máximo tribunal argentino el art. 14 bis de la Constitución Nacional, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. PIDESC, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos, no excluyente de otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano (CADH, art. 29.c), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el principio protectorio que lo encabeza y la referencia, en general, a las condiciones de trabajo ¹⁶.

4. LAS NORMAS DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL Y SUPRALEGAL APLICABLES, INTERPRETADAS A LA LUZ DE LAS PAUTAS EXPUESTAS EN LOS CAPÍTULOS 2 Y 3

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (voto separado del juez Rodolfo E. Piza E., párr. 2 y 3).

¹⁵ C.S.J.N., Fallos: 333:2306, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”; 9/9/2014, “Ledezma, Florencio c/Citrus Batalla S.A.”.

¹⁶ C.S.J.N., sentencias citadas en la nota 15.

4.1. La tensión entre el derecho de huelga y otros derechos constitucionales del empleador y de terceros

a) En el caso “Orellano” La Corte Suprema señala que, al obstaculizar el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios en las que los trabajadores se desempeñan, las medidas de acción directa no sólo perjudican al empleador sino que también afectan los intereses de los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir, de los consumidores o usuarios. Es así que -añade el Supremo Tribunal- el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del empleador (libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc.), así como también con derechos de terceros o de la sociedad (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.) que también cuentan con protección constitucional.

Según la Corte Suprema esa tensión entre derechos de difícil armonización ha llevado a que los diversos ordenamientos jurídicos supediten el ejercicio del derecho de huelga al cumplimiento de determinadas condiciones o recaudos que configuran su marco de legalidad.

b) El Supremo Tribunal omite precisar los derechos en conflicto en el caso. Si bien se refiere naturalmente al derecho de huelga, no indica claramente qué derecho o derechos del empleador o de terceros habrían sido afectados en concreto por la huelga declarada por una pluralidad de trabajadores de la cual participó el demandante.

Obviamente, la referida imprecisión impide conocer cuáles son los criterios de hermenéutica constitucional tenidos en cuenta por la Corte Suprema para conceptualizar el recaudo impuesto a la huelga como condición de validez constitucional: su proclamación por un sindicato.

En síntesis: el tribunal argentino no explicita clara y concretamente el derecho, bien o valor constitucional que limitaría en el caso el derecho de huelga, ni expone fundadamente las razones constitucionales por las cuales dicha restricción se impondría.

Cabe agregar, en apoyo de esta conclusión, que no fue planteada en la causa la afectación de un servicio esencial.

Las circunstancias descriptas y los argumentos expuestos por la Corte Suprema a partir del considerando 8º) llevan a sostener que el tribunal no expone razones constitucionales para

limitar el derecho de huelga en el caso concreto, sino para delimitar su contenido esencial; razón por la cual corresponde analizar críticamente la decisión judicial desde esta última perspectiva, es decir, como una interpretación constitucional delimitadora del contenido esencial del derecho de huelga.

c) La Corte Suprema ha sostenido reiteradamente que la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano.

Asimismo, que los derechos constitucionales tienen un contenido que lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el control de constitucionalidad: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último. Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28, C.N.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23). El mandato que expresa el art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento "atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" a dicho precepto ¹⁷.

La referida doctrina fue ratificada expresamente por el Supremo Tribunal de Argentina con posterioridad al dictado de la sentencia en el caso "Orellano" ¹⁸.

¹⁷ C.S.J.N., Fallos: 327:3677, 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.", Fallos: 330:1989, 03/05/2007, "Madorrán, María Cristina c/Administración Nacional de Aduanas".

¹⁸ C.S.J.N., 18/08/2016, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería", considerando 16) del voto concurrente de los Ministros Lorenzetti y Highton de Nolasco y considerando 12) del voto del Ministro Maqueda.

4.2. Los arts. 14 bis y 33 de la Constitución Nacional

a) En el caso “Orellano” la Corte Suprema sostiene que el art. 14 bis contiene tres bloques diferentes en cuanto al sujeto que se procura tutelar a través de la ley y de la acción estatal. En el primero, la norma centra su atención en el “trabajador” disponiendo que la ley debe asegurarle una serie de derechos, entre ellos, “la organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial”. En el segundo, el precepto establece que “queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga”. Y en el tercero, el objetivo de la regulación es la protección de los beneficiarios de la seguridad social a quienes se les reconocen diversos derechos y garantías.

Destaca el tribunal argentino que en el citado diseño normativo el derecho de huelga se inserta en el segundo bloque que contiene los derechos reconocidos a las entidades gremiales y que lo hace inmediatamente después de la disposición final del primer bloque que reconoce el derecho de sindicación de los trabajadores.

En el marco descripto y desde un examen integral del art. 14 bis, la Corte considera que el concepto “gremios” comprende sólo las asociaciones sindicales reconocidas a los trabajadores en el primer párrafo de la mencionada norma.

Teniendo en cuenta que para el máximo tribunal argentino el art. 14 bis ha puesto especial énfasis en garantizar que las asociaciones sindicales se organicen con arreglo a los principios de libertad sindical y democracia interna y, a tal efecto, les ha impuesto el requisito de la inscripción en un registro especial como medida de control del cumplimiento de tales directivas, no sería lógico admitir que, a renglón seguido, la misma norma otorgara de modo indistinto la titularidad de los derechos más relevantes del ámbito de las relaciones colectivas tanto a las organizaciones que cumplen con todos esos recaudos como a simples grupos informales a los que no les exige satisfacer ninguno de ellos.

Dado que los representantes gremiales a los que alude la parte final del segundo párrafo del art. 14 bis son aquellos que desarrollan una gestión sindical, es claro -según la Corte

En su voto, el Ministro Rosatti señaló que le corresponde a la judicatura ponderar si con su actuación alguno de los otros dos poderes del Estado (e incluso el judicial, por la vía de arbitrariedad de sentencia) altera el contenido de algún derecho fundamental (considerando 13).

Suprema- que la norma se refiere a quienes ocupan cargos en sindicatos, lo que reforzaría la conclusión de que el término “gremios” ha sido empleado como exclusivamente alusivo a las asociaciones sindicales.

Por último, el supremo tribunal argentino transcribe en apoyo de su tesis fragmentos de las exposiciones de algunos convencionales constituyentes en el debate previo a la sanción de la reforma constitucional de 1957 y, luego de confrontarlos con las expresiones contrarias vertidas por otros convencionales, concluye que no es posible apoyarse en lo debatido en la Convención Constituyente para arribar a una conclusión definitiva sobre la cuestión controvertida.

b) Aun desde un criterio hermenéutico “estático” u “originalista”, considero que la conclusión a la que arriba la Corte Suprema en materia de titularidad del derecho de huelga no se ajusta cabalmente a la normativa constitucional aplicable. Me explico.

En el caso “Orellano” el supremo tribunal argentino sostiene que el derecho de huelga ingresó de modo expreso a la Constitución Nacional a través del art. 14 bis y que este texto consagró una serie de derechos laborales y sociales reconocidos universalmente durante la primera mitad del siglo XX por vía de su inclusión en las cartas constitucionales de diversos Estados.

El carácter “expreso” del ingreso del derecho de huelga a través del art. 14 bis permite inferir que este derecho ya se encontraba implícitamente en la Constitución material. En efecto, el art. 33 de la Constitución Nacional (texto originario sancionado en 1853 y no modificado) dispone que “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

La citada norma lleva a concluir que con anterioridad a la incorporación de los principios y reglas del Constitucionalismo Social a través del art. 14 bis de la Carta Magna, los derechos humanos del trabajador tenían tutela constitucional y, en consecuencia, integraban los principios de derecho público a que se refiere el art. 27 de dicho ordenamiento jurídico ¹⁹.

¹⁹ Zas, Oscar, op. cit. en la nota 7, p. 420.

El art. 27 de la Constitución Nacional establece: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

Dentro de los referidos derechos implícitos está comprendida la huelga sin limitación de su titularidad a un único sujeto, por lo que la referencia expresa a los gremios en el art. 14 bis, más allá del alcance atribuido a este concepto, no puede entenderse como la negación de la titularidad de otros posibles sujetos titulares, como por ejemplo, los trabajadores de una empresa sin intervención de la asociación sindical representativa, toda vez que la tesis amplia es la que mejor se compadece con el ideario de la Constitución: un derecho constitucional de la libertad ²⁰.

La Constitución de 1949 que, entre otras cosas, incorporó expresamente el Constitucionalismo Social a nivel federal en la Argentina no reconoció el derecho de huelga. Es más, del propio debate en la Convención Constituyente surge la decisión deliberada de no incluir este derecho en el texto constitucional.

Así, Arturo Sampay, miembro informante de la mayoría de la Comisión Revisora de la Convención Constituyente, señaló:

(...)El derecho de huelga es un derecho natural del hombre en el campo del derecho del trabajo, como lo es el de resistencia a la opresión en el campo político, pero si bien existe un derecho natural de huelga no puede haber un derecho positivo de la huelga, porque -aunque esto haya sonado como un galimatías- es evidente que la huelga implica un rompimiento con el orden jurídico establecido, que, como tal, tiene la pretensión de ser un orden justo, y no olvidemos que la exclusión del recurso a la fuerza es el fin de toda organización social (...) ²¹.

Las palabras de Sampay no fueron impugnadas por ningún otro miembro de la Comisión, por lo que cabe interpretar que reflejaban el pensamiento de la mayoría que sancionó la nueva Constitución ²².

²⁰ Bidart Campos, Germán, *Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (individual y colectivo) y de la Seguridad Social en el art. 14 bis*, TySS, Año 1981 - Suplemento Extraordinario: Artículo 14 bis de la Constitución, p. 521; García, Héctor Omar, ¿Quiénes son los titulares del derecho de huelga?, DT 2016 (julio), p. 1532. Cita Online: AR/DOC/1882/2016.

²¹ *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Año 1949*, Tomo I, p. 275. Enlace (en español): http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/centro_historia_politica/materiales/Diario%20de%20sesiones/sesiones1949.pdf (recuperado el 25/11/2016).

²² Por otra parte, en otro tramo del debate el Convencional Constituyente Hilario F. Salvo afirmó:
(...)Como dirigente obrero debo exponer por qué razón la causa peroneana no quiere el derecho de huelga. Si deseamos que en el futuro esta Nación sea socialmente justa, deben de estar de acuerdo conmigo los señores convencionales en que no podemos, después de enunciar ese propósito, hablar a renglón seguido del derecho de huelga que trae la anarquía y que significaría dudar de nuestra responsabilidad y de que en adelante nuestro país será socialmente justo (...).
Consagrar el derecho de huelga es estar en contra de la clase proletaria en el campo de las mejoras sociales. Todos saben bien que ese derecho es un canto de sirena. Todos saben que los obreros han realizado en tres años un avance formidable en materia de conquistas sociales. Estas conquistas quedarían relegadas para el resto de la historia si se aceptara el derecho de huelga (...).

Por otra parte, las normas constitucionales más relevantes sancionadas en la primera mitad del siglo XX a las que alude la Corte Suprema en el caso “Orellano” corroboran la tesis amplia en materia de titularidad del derecho de huelga.

Así, la fracción XVII del art. 123 de la Constitución de México de 1917 dispone clara e inequívocamente que “Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y los patronos las huelgas y los paros”, sin que el ejercicio de este derecho de los trabajadores esté constitucionalmente condicionado a la declaración por parte de un sindicato formalmente constituido.

A su vez, el art. 40 de la Constitución Italiana aprobada en diciembre de 1947 y promulgada en 1948 establece que “El derecho de huelga se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulen”.

La citada disposición es de aplicación inmediata, toda vez que el derecho de huelga pertenece a esa vasta categoría de los derechos subjetivos públicos de libertad y el mentado art. 40 es una norma encaminada a garantizar las libertades fundamentales del ciudadano ²³.

La previsión de la huelga, situándola en un artículo para ella sola y la atribución del derecho de huelga a los trabajadores, y no a sus organizaciones, es una garantía de la efectividad de la libertad sindical prevista en el art. 39 de la Constitución Italiana. Puesto que el sindicato nace del conflicto industrial, el derecho de huelga, entendido como derecho al conflicto, puede estimarse como el substrato del mismo derecho de organización sindical sin que la Constitución exija que la huelga sea proclamada por los sindicatos o que sólo sea legítima cuando esté en relación con la negociación de convenios colectivos de trabajo ²⁴.

Por su parte, el art. 56 de la Constitución de Uruguay de 1934 dispone en lo pertinente: “...Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad” ²⁵.

Plá Rodríguez afirma que, si bien inicialmente algunos autores sostuvieron que la expresión “derecho gremial” quería significar que el derecho de huelga correspondía al sindicato, lo que podría implicar que sólo éste podría ejercerlo y hasta renunciarlo, en la práctica

Diario de sesiones, cit. en la nota 21, p. 486.

²³ Giugni, Gino, *Derecho sindical*, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1983, p. 222.

²⁴ Giugni, Gino, op. cit. en la nota 23, p. 223.

²⁵ El texto se mantuvo inalterado en las reformas constitucionales posteriores, y forma parte del art. 57 de la Constitución actualmente vigente.

se ha aplicado una interpretación amplia que tanto comprende un sindicato como a una coalición, una asamblea o un grupo de trabajadores que llega a una concertación o un acuerdo entre sí. Agrega el prestigioso jurista uruguayo que la decisión de incorporarse a la huelga pertenece indudablemente a cada trabajador, lo que puede llevar a decisiones individuales ²⁶.

No resulta adecuada al contexto histórico y político en el cual se desarrolló la Convención Constituyente de 1957 la interpretación de los “gremios” como titulares del derecho de huelga desde una perspectiva orgánica o corporativa, máxime teniendo en cuenta los referidos antecedentes del derecho constitucional comparado.

En efecto, el reconocimiento constitucional expreso de la huelga como derecho humano fundamental implicó la clara admisión del conflicto colectivo laboral y de los modos de autotutela colectiva de los trabajadores; razón por la cual la referida decisión jurídico-política no resulta compatible con la adscripción a un sistema orgánico o corporativo en materia de huelga.

Cabe agregar que el sistema orgánico que configura el derecho de huelga con una titularidad colectiva en cabeza de los sindicatos, propio de los países anglosajones y centroeuropeos como Alemania, está ligado a la estrecha relación existente en esos países entre el ejercicio del derecho de huelga y la negociación colectiva. Predomina una concepción orgánica de la huelga que deriva en un privilegio reservado de ordinario a los sindicatos, los cuales gozan de una cierta inmunidad civil, configurándose la huelga como un instrumento complementario de la negociación colectiva, correspondiéndose principalmente con sistemas integrados de relaciones laborales ²⁷.

Contrariamente, el sistema constitucional argentino en materia de derecho de huelga se inscribió en la cultura jurídica diseñada a partir de la Constitución de Méjico de 1917, que no ignora la existencia del conflicto colectivo en las relaciones laborales, que no lo vincula exclusivamente con la negociación colectiva y que reconoce, en consecuencia, la titularidad de aquel derecho con un sentido amplio compatible, además, con el sistema de libertad que había establecido la Constitución de 1853.

²⁶ Plá Rodríguez, Americo, *Curso de Derecho Laboral*, tomo IV, vol. 2, Ed. Idea, Montevideo, Uruguay, 2001, p. 55-7. Castello, Alejandro, *El derecho de huelga en Uruguay*, Meritum, jan./jun. 2013, v. 8, n° 1, Belo Horizonte, Brasil, p. 23-4.

²⁷ Monereo Pérez, José Luis y Jiménez, Natalia Tomás, *Derecho de huelga. Art. 8.d PIDESC*, en *El sistema universal de los derechos humanos*, dirección y coordinación: Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis, Editorial Comares, Granada, España, 2014, p. 924.

Es en el marco descripto precedentemente en el cual debe dilucidarse el debate en la Convención Constituyente de 1957.

En efecto, si bien fueron diversas las opiniones expresadas por los Convencionales Constituyentes, fue mayoritaria la idea de reconocer al gremio como sujeto titular del derecho de huelga, entendiendo como tal a una pluralidad de trabajadores de la misma actividad, oficio, profesión o categoría, sin necesidad de declaración previa u homologación posterior por parte de una asociación sindical formalmente constituida ²⁸.

El mencionado alcance del concepto “gremios” es el que encuadra en los modelos constitucionales comparados vigentes en ese momento histórico, que garantizan los derechos sociales de libertad colectiva en un marco que reconoce el conflicto laboral colectivo y que lo canalizan por vías institucionales sin desconocer las medidas de autotutela colectiva de los trabajadores.

c) El criterio hermenéutico establecido por la Corte Suprema en “Orellano” no armoniza con un estándar constitucional del propio tribunal en cuya virtud las garantías reconocidas a los representantes gremiales por el denominado segundo bloque del art. 14 bis constituyen una proyección del principio protectorio del trabajo y del trabajador proclamado expresamente por dicha norma hacia el universo de las relaciones colectivas laborales, en el cual, en consecuencia, también impera la regla de que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional ²⁹.

Por otra parte, de admitirse la rígida división en bloques del art. 14 bis en cuanto a los sujetos tutelados, quedarían huérfanos de la protección constitucional los derechos incluidos en el aspecto colectivo de la libertad sindical, pues el derecho a “la organización sindical libre y democrática” sólo comprendería a los trabajadores y no a las organizaciones constituidas por éstos para la defensa de sus intereses, configurándose una contradicción con la doctrina de la Corte Suprema que considera a las mencionadas entidades como titulares del derecho enunciado en la última parte del primer párrafo del art. 14 bis ³⁰.

²⁸ Sostienen esta tesis, entre otros, los siguientes juristas: Krotoschin, Ernesto, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 4ª edición actualizada, 1981, p. 215; Etala, Carlos Alberto, *Derecho colectivo del Trabajo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 366/367; Cornaglia, Ricardo J., *El derecho de huelga como derecho de incidencia colectiva*, La Ley, diario del 29/10/2015; García, Héctor Omar, op. cit. en la nota 20.

²⁹ C.S.J.N., Fallos: 332:2715, 9/12/2009, “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional-Armada Argentina”.

³⁰ C.S.J.N., Fallos: 331:2499, 11/11/2008, “Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo”; Fallos: 336:672, 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

Como señala Monereo Pérez el principio de protección del trabajo acaba evolucionando de la legislación de tutela del trabajo a la legislación de apoyo a la actividad sindical de autotutela de los propios intereses colectivos de la clase trabajadora; ambas se complementan en la regulación de las cuestiones referidas a la adquisición y a la venta de la fuerza de trabajo con la tendencia histórica al mayor protagonismo de los sujetos colectivos laborales ³¹.

En esta inteligencia, el principio de protección del trabajo no se agota en la enumeración de los derechos, cuyo aseguramiento incumbe al Estado a través del dictado de marcos jurídicos regulatorios de las relaciones laborales y de la sanción del incumplimiento de las normas respectivas, sino que se manifiesta también en el reconocimiento de los derechos sociales de libertad colectiva.

En efecto, los derechos sociales de libertad colectiva (derechos de libertad sindical, huelga y negociación colectiva) son también derechos funcionalizados hacia la “desmercantilización” de los trabajadores, porque contribuyen decisivamente no sólo al reconocimiento y extensión de los derechos públicos de ciudadanía, sino también porque tales libertades otorgan o confieren poderes que reducen la dependencia de los trabajadores respecto del mercado en cuanto instancia de provisión del bienestar social ³².

En términos de la normativa constitucional argentina, la “organización sindical libre y democrática”, la “concertación de convenios colectivos de trabajo”, el “derecho de huelga” y el reconocimiento a “los representantes gremiales” de las “garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad en el empleo” son derechos sociales funcionalizados hacia la “desmercantilización” de los trabajadores, mediante la concreción progresiva y efectiva de los derechos incluidos en el art. 14 bis, y -luego de la reforma constitucional de 1994- de los demás derechos de los trabajadores comprendidos en los pactos, tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos de rango constitucional y supralegal ³³.

La huelga ejercida por los trabajadores en defensa de sus legítimos derechos conculcados y para alcanzar niveles de protección de los mismos y la consagración de otros es

³¹ Monereo Pérez, José Luis, *Derechos Sociales de Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*, Consejo Económico Social, Departamento de Publicaciones, Madrid 1996, p. 137, nota 206.

³² Monereo Pérez, José Luis, op. cit. en la nota 31, p. 33, nota 50.

³³ Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, *Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales*, Contextos, Revista Crítica de Derecho Social, N° 1, 1997, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 182-3.

el instituto madre de todos los que integran el Derecho del Trabajo. Antes de ser tenida por conducta legitimada de los trabajadores los Estados de Derecho debieron abolir las normas penales represivas de la coalición para la huelga ³⁴.

Históricamente, la huelga declarada por la coalición espontánea de los trabajadores precedió al sindicato institucionalizado como instrumento de autotutela de aquéllos.

Desde esta perspectiva, la reducción de lo “gremial” o lo “colectivo” en materia de huelga a la actuación de un sindicato formalmente constituido es una interpretación que desconoce la dinámica y complejidad de las relaciones laborales.

Por lo tanto, el texto del art. 14 bis, interpretado según las pautas expuestas, lleva a concluir que la legalidad constitucional de la huelga no está condicionada a la declaración previa de una asociación sindical, bastando que tal decisión sea adoptada por una pluralidad de trabajadores no organizados formalmente como sindicato, sin perjuicio de que esta entidad también sea titular del derecho a proclamar una huelga.

Si existiera alguna duda la solución sería la misma, pues debería optarse por aquella interpretación constitucional menos restrictiva del goce del derecho humano fundamental de huelga ³⁵.

d) Naturalmente, una interpretación evolutiva del art. 14 bis de la Constitución Nacional corrobora el concepto amplio de “gremios” a fin de aprehender en su ámbito de aplicación la dinámica de los conflictos colectivos de la sociedad contemporánea atravesada por profundos y rápidos cambios tecnológicos y productivos y no esterilizar la eficacia del derecho de huelga como instrumento de autotutela colectiva de los trabajadores.

El art. 14 bis contiene implícitamente el principio de igualdad sustancial que a partir de la reforma constitucional de 1994 ha sido explicitado y enriquecido a través del art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional ³⁶.

³⁴ Cornaglia, Ricardo J., ob. cit. en la nota 28.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-473/94 de 27/10/1994.

Enlace (en español):

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-473-94.htm> (recuperado el 12/12/2016).

³⁶ El art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional dispone:

(...)Corresponde al Congreso (...)

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (...)

La progresiva consagración del principio de igualación sustancial y la emancipación de los trabajadores es el presupuesto sobre el cual reposa la función específica del derecho de huelga, dirigido a la formación de nuevos instrumentos jurídicos aptos para remover la desigualdad social efectiva que caracteriza la posición de los trabajadores en sus relaciones con los empleadores. El derecho de huelga constituye, precisamente, uno de tales instrumentos; es decir, la sociedad reconoce en la huelga un medio indispensable para el desarrollo de la personalidad humana de los trabajadores y para la promoción de la efectiva participación de los mismos en las acciones tendientes al logro de la plena efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por las normas internacionales de derechos humanos ³⁷.

Según Ermida Uriarte la huelga es el instituto más atípico, de la parte más atípica, de la rama más atípica del derecho, en el entendido de que lo es el Derecho del Trabajo respecto de otras ramas jurídicas y que esa característica se acentúa en el Derecho sindical si se la compara con el Derecho individual del trabajo y que ella se concentra particularmente en la noción de autotutela y de huelga ³⁸.

Agregaba lúcidamente el recordado y distinguido jurista uruguayo, hace ya casi veinte años, que los avances científicos y tecnológicos, así como las nuevas formas de producción, sumados a la reducción de los efectivos sindicales, determinaban una renovación de las modalidades de ejercicio de la huelga para que este derecho pudiera seguir cumpliendo su función equilibradora, ya que, de lo contrario, aquellos cambios podrían vaciar de contenido a la noción de autotutela ³⁹.

El fenómeno descripto, consustancial al sistema capitalista de producción, adquiere renovado impulso y dinamismo en las últimas décadas, y se expresa, no sólo a escala nacional, sino regional y mundial, generando como uno de sus efectos más relevantes la desarticulación y segmentación del sujeto colectivo laboral.

Los conflictos colectivos laborales suscitados en este contexto requieren una respuesta adecuada y no siempre el sindicato formalmente constituido es quien puede ejercer las acciones de autotutela colectiva idóneas, máxime que -reitero- el sistema constitucional argentino en materia de derecho de huelga se inscribe en la cultura jurídica que no ignora la existencia del

³⁷ Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, op. cit. en la nota 33, p. 183.

³⁸ Ermida Uriarte, Oscar, *La flexibilización de la huelga*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1999, p. 11.

³⁹ Ermida Uriarte, Oscar, op. cit. en la nota 38, p. 32.

conflicto colectivo en las relaciones laborales y que no lo vincula expresamente con la negociación colectiva.

Es más, existen conflictos en los cuales los trabajadores involucrados no encuentran en el sindicato, con personería gremial o simplemente inscripto, la representación colectiva eficaz para la defensa de sus derechos e intereses, tales como el planteado por los empleados tercerizados que aspiran, como mínimo, al nivel de protección de los vinculados directamente a la empresa principal, o el de aquéllos que, en ejercicio de la libertad sindical, pretenden constituir un nuevo sindicato y sufren represalias en ese intento ⁴⁰.

Siguiendo nuevamente a Ermida Uriarte, si la *posmodernización y flexibilización* empresaria tiene su correlato en la *posmodernización y flexibilización* de las medidas de autotutela ⁴¹, la titularidad del derecho de huelga debe ser dilucidada con un criterio amplio para evitar la desprotección de un número creciente de trabajadores, sujetos que, según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, gozan de preferente tutela constitucional ⁴².

El art. 28.2 de la Constitución Española de 1978 establece en lo pertinente que “Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses...”

El Tribunal Constitucional Español, en una sentencia dictada el 8 de abril de 1981, destacó, entre otras cosas:

(...)Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores “uti singuli” aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos

⁴⁰ Hace más de veinte años, siendo en ese entonces juez del trabajo, me tocó resolver un caso en el cual sostuve que la huelga puede ser declarada por una pluralidad de trabajadores, decisión que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones. En el citado precedente la huelga había sido declarada por los trabajadores de una empresa a raíz del despido de uno de ellos, quien ejercía el liderazgo tendiente a la constitución de un sindicato que los representara, entidad cuya inscripción fue dispuesta por el Ministerio de Trabajo con posterioridad a la comunicación del despido del actor. Los argumentos que expuse en esa oportunidad para fundar la tesis amplia en materia de titularidad del derecho de huelga son sustancialmente análogos a los sustentados en este comentario. Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo N° 59, 17/10/1994, “Ferreyra, Rubén Oscar c/Proveeduría para el Personal de la Provincia de Buenos Aires”; sentencia confirmada por la C.N.A.T., Sala IV, 10/08/1995, en “Contextos. Revista crítica de Derecho Social”, N° 1, 1997, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, Argentina, p. 401/419.

⁴¹ Ermida Uriarte, Oscar, op. cit. en la nota 38, p. 31-2.

⁴² C.S.J.N., Fallos: 327:3677, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.”; Fallos: 331:1815, “Gentini, Jorge, Mario y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Trabajo”; Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro”; Fallos: 332:2043, 01/09/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”; 04/06/2013, “Díaz, Paulo Vicente c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”; 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales.

(...)De tal suerte, en el momento actual son perfectamente posibles las huelgas organizadas, dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores y las llamadas huelgas espontáneas, que en la terminología anglosajona se conocen con el nombre de “wild strikes”, huelgas “salvajes” o huelgas sin control sindical (...) ⁴³.

En la misma línea, Palomeque López sostiene que el Alto Tribunal Español expresa la formulación clásica en la materia según la cual el derecho de huelga es de titularidad “individual” de cada trabajador y de ejercicio colectivo y, agrega, a fin de ofrecer claridad conceptual, que la titularidad del mencionado derecho habrá de depender de cuál sea el singular derecho que integra el contenido (plural ciertamente) del mismo, por lo que considera preferible hablar de una titularidad diferenciada del derecho en función de su propio contenido.

Así, para el prestigioso jurista español el contenido esencial del derecho de huelga (conf. art. 53.1 de la Constitución Española y la STC 11/1981) está integrado por un doble plano de poder jurídico: 1)el contenido colectivo del derecho, que tiene que ver con la realización de la huelga como fenómeno o medida colectiva en su conjunto (génesis, desarrollo y conclusión de la acción), cuya titularidad corresponde a diferentes sujetos colectivos (sindicatos, órganos de representación unitaria o sindical en los centros de trabajo y asambleas de trabajadores) y es, por lo tanto, también de carácter colectivo y 2)el contenido individual del derecho, que se refiere a la actitud del trabajador singular ante una huelga ya convocada, cuya titularidad corresponde de modo exclusivo a cada trabajador singularmente considerado y es por ello de carácter individual.

Concluye Palomeque López que una consecuencia de este sistema legal de atribución de la titularidad del derecho es, por cierto, la legalidad, tanto de las huelgas sindicales, esto es, las convocadas dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores, como de las llamadas espontáneas, no sindicales (“sin control sindical”, STC 11/1981), o salvajes (*wild strikes*) ⁴⁴.

En consecuencia, la Constitución Española interpretada por el Tribunal Constitucional, y la doctrina laboralista más caracterizada de ese país no imponen como exigencia de validez

⁴³ Tribunal Constitucional de España, STC 11/1981 de 8 de abril.

⁴⁴ Palomeque López, Manuel Carlos, *Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga*, en *Estudios sobre la Huelga*, Coordinador Antonio Baylos Grau, Editorial Bomarzo, Albacete, España, Primera edición 2005, p. 15-17.

de la huelga su declaración por un sindicato formalmente constituido, sin que modifique esta conclusión la distinción entre las facetas individual y colectiva del ejercicio de ese derecho que efectúa la Corte Suprema de Argentina con cita de una obra de Sala Franco y Albiol Montesinos⁴⁵, teniendo en cuenta que según ese tramo de la sentencia las facultades incluidas en la faceta colectiva deberían ejercidas a través de una agrupación de trabajadores, concepto este último que no debe ser limitado en el discurso de los mencionados juristas españoles a un sindicato formalmente constituido.

Todo ello sin perjuicio de la validez de las huelgas sindicales en el sistema constitucional español.

Por último, la interpretación restrictiva del concepto “gremios” vulnera también el principio “*pro persona*” y el principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable al trabajador, en tanto las normas internacionales de protección de los derechos humanos que analizaré seguidamente consagran la tesis amplia en materia de titularidad del derecho de huelga.

4.3. El convenio 87 de la OIT

a) En “Orellano” la Corte Suprema, luego de señalar que el Convenio 87 de la OIT no menciona expresamente el derecho de huelga, destaca que sí consagra el derecho de las “organizaciones de trabajadores” y de empleadores de “organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” (art. 3) y establece como objeto de dichas organizaciones “fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores” (art. 10).

Añade el Supremo Tribunal que, con apoyo en estas disposiciones, el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) han dado un amplio reconocimiento a este derecho considerándolo como un corolario indisociable de la libertad de sindicación.

Con cita de algunos pronunciamientos de estos órganos de control de aplicación de las normas de la OIT, la Corte Suprema concluye que de la doctrina establecida por los mismos la atribución de disponer medidas de fuerza sólo se reconoce a las organizaciones sindicales.

⁴⁵ Sala Franco, Tomás y Albiol Montesinos, Ignacio, *Derecho sindical*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 456.

Previamente a la crítica de dicha conclusión, considero necesario destacar dos aspectos relevantes de este tramo de la sentencia.

En primer lugar, la Corte Suprema ratifica su doctrina acerca del valor jurídico de los dictámenes del CLS y de la CEACR en el ordenamiento jurídico argentino ⁴⁶.

En segundo término, el Máximo Tribunal considera implícitamente incluido en el Convenio 87 de la OIT el derecho de huelga ⁴⁷.

⁴⁶ C.S.J.N., Fallos: 332:170, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas c/Ministerio de Trabajo” (invoca la doctrina de la CEACR para dilucidar el contenido y el alcance de las normas internacionales referidas a la inspección del trabajo); Fallos: 332:2043, 01/09/2009, “Pérez, Anibal Raúl c/Disco S.A.” (invoca la doctrina de la CEACR para definir el concepto y alcance de la remuneración regulada por el Convenio 95 de la OIT y su compatibilidad con las normas legales argentinas cuestionadas); Fallos: 331:2499, 11/11/2008, “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo” (invoca la doctrina de la CEACR y del CLS para definir el concepto y alcance de la libertad sindical regulada por el Convenio 87 de la OIT y su compatibilidad con una norma de la ley argentina de asociaciones sindicales n° 23.551); Fallos: 332:2715, 09/12/2009, “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional - Armada Argentina” (invoca la doctrina de la CEACR y del CLS para definir el concepto y alcance de la libertad sindical regulada por el Convenio 87 de la OIT y su compatibilidad con otra norma de la ley argentina de asociaciones sindicales n° 23.551) y Fallos: 336:672, 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado” (invoca la doctrina de la CEACR para definir el concepto y alcance de la libertad sindical regulada por el Convenio 87 de la OIT y su compatibilidad con otra norma de la ley argentina de asociaciones sindicales n° 23.551).

Al respecto considero que en el ordenamiento jurídico argentino, la doctrina de la CEACR y del CLS constituye fuente de interpretación de los Convenios de la OIT, salvo en los casos en que se acudiera al mecanismo previsto en el art. 37 de la Constitución de ese organismo internacional. En este marco, los jueces y tribunales argentinos deberán tener en cuenta esa doctrina a fin de realizar el control de convencionalidad en los casos pertinentes sometidos a su jurisdicción, sin perjuicio -claro está- de aplicar otra norma más favorable al trabajador que la contenida en el Convenio de la OIT involucrado, o de escoger una interpretación más favorable a aquel sujeto de preferente tutela que la sustentada por los órganos de control de la OIT (conf. art. 19, párr. 8° de la Constitución de la OIT) (Zas, Oscar, op. cit. en la nota 7, p. 478-9).

⁴⁷ En junio de 2012, en el ámbito de la 101ª Conferencia de la OIT, por primera vez, la Comisión de Aplicación de Normas no pudo sesionar a causa de la posición asumida por la totalidad de los miembros del Grupo de los Empleadores, quienes se negaron a aceptar el examen de los casos relativos al Convenio 87, que incluyeran interpretaciones de la CEACR en relación con el derecho de huelga. En concreto, el conjunto de los empresarios sostuvo en ese entonces (y sostiene actualmente) que el derecho de huelga no se encuentra contenido en el Convenio 87 de la OIT ni en ninguna otra norma de ese organismo internacional. Por esa razón, la CEACR debería abstenerse -según el planteo de los empleadores- de expedirse u opinar acerca del derecho de huelga. Simultáneamente, los representantes del Grupo de los Empleadores cuestionaron la competencia de la CEACR por entender que no se encuentra dentro del alcance de su mandato la tarea de interpretación de los Convenios de la OIT. Dijeron -en este caso- los empresarios, que el mandato de los Expertos consiste en hacer comentarios acerca de la aplicación de los Convenios, pero "nunca interpretarlos" ya que únicamente la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya puede proporcionar una interpretación auténtica de los mismos. Ambas posiciones, fijadas por el portavoz del grupo patronal una semana antes de que empezara a sesionar la Comisión de Normas en el ámbito de la Conferencia, condujeron a un virtual bloqueo de la misma, que no pudo ingresar al debate sobre el Estudio General que -regular y anualmente- presenta la CEACR, ni examinar, tampoco, los casos de incumplimientos más graves a la legislación laboral internacional. Desde el año 2012 hasta hoy se han sucedido cuatro reuniones de la Conferencia Internacional de Trabajo y en ninguna de ellas se han analizado casos de violaciones a la Libertad Sindical que incluyan a la huelga. Se han tratado casos que atañen a la libertad de sindicalización, a la negociación colectiva, a la protección de representantes gremiales, casos graves de atentados a dirigentes sindicales, pero no se han examinado aquellos en los cuales se encuentra involucrado el derecho de huelga. No sólo eso, sino que persiste el duro y estratégico cuestionamiento de los empleadores hacia la competencia y funciones de la CEACR (ver Tribuzio, José E., *El derecho de huelga y la Organización Internacional del Trabajo: apuntes sobre el debate actual en torno al Convenio 87 y la competencia de la*

b) La cita de la obra de Gernigon, Otero y Guido efectuada en la parte final del segundo párrafo del considerando 11) de “Orellano” no se ajusta cabalmente al fragmento textual pertinente. En efecto, los mencionados autores señalan:

(...)aunque no menciona expresamente el derecho de huelga, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores “de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” (artículo 3) y establece como objeto de dichas organizaciones “fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores” (artículo 10) (OIT, 1985, págs. 708 y 709). A partir de estas disposiciones, dos órganos instituidos para el control de la aplicación de las normas de la OIT, el Comité de Libertad Sindical (desde 1952) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (desde 1959), han reconocido en numerosas ocasiones **el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones** y han delimitado el ámbito en que debe enmarcarse su ejercicio, elaborando un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga -es decir, una extensa “jurisprudencia” entendida en el sentido amplio del término- que precisa el alcance de las disposiciones mencionadas (...) ⁴⁸.

Más adelante, los mencionados autores agregan:

(...)Ya en 1952, en su segunda reunión, el Comité de Libertad Sindical afirmó el derecho de huelga y formuló los elementos del principio básico sobre este derecho, del que en cierto modo derivan todos los demás, a tenor del cual **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 (OIT, 1996, párrafos 473-475) (...) ⁴⁹.

Los tramos que he subrayado y destacado “en negrilla” revelan inequívocamente que para los mencionados autores los dos órganos de control de la OIT postulan la titularidad del derecho de huelga con un criterio amplio que no excluye, naturalmente, la pluralidad de trabajadores.

Idéntica conclusión cabe adoptar respecto a la postura de Lee Swepston invocada por la Corte Suprema como fundamento de su tesis en el penúltimo párrafo del considerando 11) de “Orellano”.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, DT, 2016 (marzo), p. 653, Cita Online: AR/DOC/3317/2015).

⁴⁸ Gernigon, Bernard, Otero, Alberto y Guido, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Edición 2000, p. 8.

Enlace (en español): http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087989.pdf (recuperado el 27/11/2016).

⁴⁹ Gernigon, Otero y Guido, op. cit. en la nota 48, p. 11.

En efecto, el citado especialista estadounidense en normas internacionales y derechos humanos y ex funcionario de la OIT, afirma textualmente:

(...); Quién tiene derecho a hacer huelga?. Tanto los trabajadores como sus organizaciones lo tienen. No obstante, la base jurídica del reconocimiento de este derecho reside fundamentalmente en los artículos 3 y 10 del Convenio, que se refieren a los derechos y objetivos de las organizaciones de trabajadores. En todo caso, el Comité de Libertad Sindical admite que, en virtud del Convenio núm. 87, el derecho de declarar una huelga corresponde exclusivamente a las organizaciones sindicales (...) ⁵⁰.

El tramo que he subrayado y destacado “en negrilla” demuestra claramente cuál es la posición del referido autor respecto a la titularidad del derecho de huelga.

La afirmación del derecho exclusivo a declarar una huelga en cabeza de las organizaciones sindicales está extraída del párrafo 477 de la Recopilación de decisiones y principios del CLS, Cuarta edición (revisada), de 1996.

Sin embargo, en los párrafos 473, 474 y 475 transcritos en la misma página de la citada recopilación el CLS sostiene categóricamente que el derecho de huelga es un “derecho fundamental”, un “derecho legítimo” y “uno de los medios esenciales” de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la defensa de sus intereses ⁵¹.

Al analizar seguidamente la doctrina del CLS en materia de titularidad del derecho de huelga, agregaré argumentos tendientes a contextualizar la supuesta “exclusividad” sindical.

c) Los segmentos de la doctrina del CLS y de la CEACR son presentados por la Corte Suprema de tal modo que parecen conducir a que esos órganos de control sostienen la tesis “orgánica” en materia de titularidad del derecho de huelga.

Sin embargo, una lectura integral, sistemática y contextualizada de dicha doctrina descarta la conclusión adoptada por el Alto Tribunal argentino.

⁵⁰ Swepston, Lee, *Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 117 (1998), núm. 2, p. 208.

⁵¹ *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Cuarta edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996, párr. 473, 474 y 475, p. 111.

Idénticos criterios son reiterados en los párrafos 520, 521 y 522 de la Recopilación de 2006. Ver: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, párr. 520, 521 y 522, p. 115.

d) En el tercer párrafo del considerando 11) la Corte Suprema señala que el CLS, ya desde su segunda reunión celebrada en 1952, destacó que el derecho de huelga “es uno de los elementos esenciales del derecho sindical”, y agrega que, poco tiempo después, el CLS refirió que “en la mayor parte de los países se reconocía que el derecho de huelga constituye un derecho legítimo al que pueden recurrir los sindicatos para defender los intereses de sus miembros, con cita del Estudio general de 1994 de la CEACR, que fuera editado por la OIT como “Libertad sindical y negociación colectiva”. El considerando concluye con otro fragmento, extraído de la última recopilación de decisiones y principios del CLS, en el que este órgano manifestó que “no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87”

Como señala Héctor Omar García, el referido tercer párrafo del considerando 11) reproduce en rigor la primera parte del párrafo nº 146 del precitado Estudio General, que condensa recomendaciones del CLS en su momento dirigidas respectivamente al Reino Unido y a la India en el marco de quejas presentadas con motivo de sendas violaciones a la libertad sindical. En el primer caso, la queja estaba vinculada con medidas adoptadas en contra de los sindicatos por el Gobierno de Jamaica (entonces “territorio no metropolitano” -es decir colonia- del imperio británico), consistentes en la utilización de la policía reforzada con tropas para romper sus huelgas y la prohibición de sus reuniones de carácter público. No por otra razón la conclusión del CLS -ceñida al caso planteado en concreto- mencionaba solamente a “los sindicatos”. La situación es análoga a la del caso de la República de la India, en cuanto la queja estaba relacionada con graves restricciones al accionar sindical ⁵².

En el párrafo final del considerando 11) se lee que “el Comité ha dicho que no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87”.

Sin embargo, el párrafo completo dice:

(...) No parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87. Aunque es preciso, sin embargo, que los trabajadores, y en particular los dirigentes de los mismos en las empresas, estén protegidos contra eventuales actos de discriminación a consecuencia de una huelga realizada en dichas condiciones, y que puedan constituir sindicatos sin ser víctimas de prácticas antisindicales (...) ⁵³.

Enlace (en español): http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf (recuperado el 27/11/2016).

⁵² García, Héctor Omar, op. cit. en la nota 20, y las notas 26, 27, 28 y 29 citadas por dicho autor.

⁵³ *La libertad sindical...* 2006, cit. en la nota 51, párr. 524, p. 116.

Dicho párrafo es el extracto de un párrafo más extenso obrante en las conclusiones a las que arribó el CLS en el caso 2258 (queja presentada contra la República de Cuba), incluido en el Informe n° 334 de dicho órgano. En el “informe provisional” emitido durante el desarrollo del caso, en junio de 2004, se observa que la proposición transcrita tanto en la recopilación de la OIT como en el fallo “Orellano” se encuentra precedida de un fragmento que expresa de manera diáfana y contundente la posición del Comité sobre la concepción de la titularidad del derecho de huelga que resulta compatible con el principio de libertad sindical. En el párrafo 412 del mencionado informe provisional del caso se dice que: “el Comité ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales”. La referencia a que “el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga” no parezca “incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87”, debe ser contextualizado en el marco de la queja, en la que los querellantes imputan al Estado cubano muy graves impedimentos para la constitución y actuación de las organizaciones sindicales ⁵⁴.

A los argumentos expuestos precedentemente cabe agregar lo dicho por el CLS en los siguientes términos:

“El hecho de que se convoque una huelga por el reconocimiento legal de un sindicato constituye un caso de interés legítimo que deben defender los trabajadores y sus organizaciones” ⁵⁵.

Resulta difícil encontrar un caso más claro donde el CLS manifieste expresamente que la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores, pues justamente el sindicato que estos últimos querían constituir no había sido reconocido legalmente.

e) En la parte final del tercer párrafo del considerando 11) de “Orellano” se cita, asimismo, a la CEACR, concretamente un fragmento extraído de los párrafos 147 y 148 del Estudio general de 1994, que remite a su vez al Estudio general elaborado por la propia CEACR en 1959 según el cual “la prohibición de la huelga constituye una restricción considerable de las oportunidades que se ofrecen a los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros y del derecho de los sindicatos a organizar sus actividades”.

⁵⁴ García, Héctor Omar, op. cit. en la nota 20 y la nota 33 citada por el referido autor.

⁵⁵ *La libertad sindical...* 2006, cit. en la nota 51, párr. 535, p. 118.

A los fines de comprender cabalmente la posición adoptada al respecto por la CEACR, corresponde la transcripción íntegra de los párrafos precitados.

(...) La Comisión de Expertos, ya en su Estudio general elaborado en 1959, expresó la opinión de que la prohibición de la huelga a los trabajadores distintos de los funcionarios que actúan como órganos del poder público `...puede constituir una limitación importante de las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales', e indicó que parece haber una antinomia entre esta prohibición y el párrafo 2 del artículo 8 del Convenio núm. 87. Posteriormente, esta postura fue confirmada y reforzada en los términos siguientes: `Una prohibición general de la huelga constituye una restricción considerable de las oportunidades que se ofrecen a los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros (artículo 10 del Convenio núm. 87) y del derecho de los sindicatos a organizar sus actividades', y **el derecho de huelga constituye uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales**. Estos derechos no sólo comprenden la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que abarcan también la búsqueda de soluciones a cuestiones de política económica y social y a problemas relativos a la empresa que interesan directamente a los trabajadores'. Así, el razonamiento de la Comisión se articula en base al derecho que se reconoce a las organizaciones de trabajadores y de empleadores de organizar sus actividades y a formular su programa de acción con el objeto de fomentar y defender los intereses de sus miembros (artículos 3, 8 y 10 del Convenio núm. 87) (...) ⁵⁶.

(...) **La expresión `actividades y programa de acción' sólo tiene sentido, en este contexto, en relación con lo dispuesto en el artículo 10, según el cual el término organización significa, en el Convenio núm. 87, toda organización `que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores' o de los empleadores**. Los trabajadores, para poder fomentar y defender sus intereses, necesitan disponer de medios de acción que les permitan ejercer presiones para el logro de sus reivindicaciones. En una relación económica tradicional, uno de los medios de presión de que disponen los trabajadores consiste en interrumpir la prestación de sus servicios retirando temporalmente su fuerza de trabajo con arreglo a diversas modalidades, con lo cual se trata de ocasionar un costo al empleador para inducirlo a hacer concesiones. Esta lógica económica no puede aplicarse al pie de la letra en el sector público, aun cuando la interrupción del trabajo también constituye en este caso el último recurso de que disponen los trabajadores. En consecuencia, la Comisión opina que **el significado corriente de la expresión `programa de acción' incluye la huelga, lo que le llevó desde muy pronto a considerar que el derecho de huelga es uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para fomentar sus intereses económicos y sociales** (...) ⁵⁷.

⁵⁶ Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994, *Libertad sindical y negociación colectiva, Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1994, parágr. 147, p. 69-70.

⁵⁷ *Estudio general...*, cit. en la nota 56, parágr. 148, p. 70.

Los textos transcritos, interpretados armónica e integralmente, en especial los tramos que he subrayado y destacado “en negrilla” no dejan dudas acerca de la doctrina del CEACR respecto a la titularidad del derecho de huelga.

Es más, el alcance amplio del art. 10 del Convenio 87, en conexión con el concepto de “actividades y programa de acción”, sustentado por el citado órgano de control, permite que la primera de las normas al referirse a “toda organización de trabajadores” comprenda, no sólo los sindicatos formalmente constituidos, sino las organizaciones de trabajadores de carácter no permanente, como las coaliciones y las asambleas de trabajadores ⁵⁸.

Con notable claridad señala Villavicencio Ríos que, si bien los trabajadores prefieren ejercer su libertad sindical a través de una red institucionalizada de sujetos colectivos orgánicamente estructurados, estables y permanentes (sindicatos, federaciones, confederaciones), dentro de la definición de libertad sindical no podemos negarles un lugar a otras articulaciones colectivas de trabajadores, menos estructuradas y más informales y esporádicas (uniones, coaliciones, etc.) que concurren con los sindicatos en el terreno de la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

Añade el prestigioso jurista peruano que hay que tener siempre presente que el artículo 10 del Convenio 87 OIT establece que en su articulado “el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”, con lo que se rompe la vinculación única entre sindicato (organización institucionalizada y permanente) y libertad sindical, abriéndose el abanico de su cobertura también a las formas menos estructuradas y más esporádicas ⁵⁹.

4.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

a) En el primer párrafo del considerando 12) de “Orellano” la Corte Suprema sostiene que el examen de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional o suprallegal arroja una conclusión similar, pues el Estado argentino habría

⁵⁸ García, Héctor Omar, op. cit. en la nota 20.

⁵⁹ Villavicencio Ríos, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*, OIT-Proyecto FSAL/ACTRAV-Programa Laboral de Desarrollo-Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2010, p. 88.

Enlace (en español):

<http://posgrado.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/09/LA-LIBERTAD-SINDICAL-EN-EL-PER%C3%9A-2010-FINAL.pdf> (recuperado el 10/12/2016).

asumido el compromiso de garantizar el derecho de huelga como derecho inherente a la libertad de sindicación.

En la tesis del Supremo Tribunal la inherencia al derecho de sindicación implicaría que la condición de validez de la huelga sería su previa declaración por una asociación sindical formalmente constituida e inscripta.

b) Sin perjuicio de que considero que dicha conclusión no surge de la interpretación del art. 14 bis de la Constitución Nacional, resulta jurídicamente inaceptable la tesis de que ese supuesto condicionamiento sea insoslayable al momento de la interpretación de las normas internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y supralegal en materia de huelga.

En efecto, en los actos jurídicos de ratificación y aprobación de los tratados y pactos internacionales pertinentes la República Argentina no formuló reserva, ni condicionamiento alguno respecto a la titularidad del derecho de huelga.

Por otra parte, las normas internacionales involucradas deben ser interpretadas según las reglas establecidas en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) y teniendo en cuenta los principios *pro persona* y de interpretación evolutiva, por tratarse de normas de protección de derechos humanos.

c) Luego de reiterar su doctrina de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es el intérprete autorizado del PIDESC en el ámbito internacional ⁶⁰, en “Orellano” la Corte Suprema, a través de la cita de dos Observaciones Finales del citado organismo, concluye que el mismo encuadra a la huelga prevista en el art. 8 del PIDESC dentro de los derechos sindicales.

Como sostiene Gialdino, las Observaciones Finales citadas por el Alto Tribunal, relativas a Burundi y a Kazajistan, no expresan y ni siquiera sugieren que el reconocimiento de ese derecho recaiga de manera exclusiva en los sindicatos ⁶¹.

⁶⁰ C.S.J.N., Fallos: 335:452, 24/04/2012, “Q. C. S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, entre otros. Considero que la doctrina del CDESC puede ser dejada de lado por los jueces y tribunales nacionales por otra interpretación más favorable al trabajador adoptada según los principios y reglas hermenéuticos pertinentes, y sin perjuicio -claro está- de la aplicación de otra norma más favorable a aquel sujeto de preferente tutela constitucional (conf. arts. 5 y 8.3, PIDESC).

⁶¹ Gialdino, Rolando E., *La Corte Suprema y la titularidad del derecho de huelga. El caso Orellano: un regreso al siglo XIX*, DT 2016 (octubre), p. 2367, Cita Online: AR/DOC/2207/2016.

Sin perjuicio de lo expuesto, existen numerosas Observaciones Finales a través de las cuales el CDESC reconoce a los trabajadores el derecho de huelga con fundamento en el art. 8 del PIDESC.

Así, la parte pertinente de la Observación Final relativa a la Federación de Rusia de 2011 establece:

(...)19. Preocupa al Comité que en la legislación del Estado parte se siga restringiendo el derecho de huelga de los trabajadores de determinados sectores públicos, como en el caso los trabajadores del servicio federal de correos, los ferrocarriles y los funcionarios municipales, así como otros que no ejercen la autoridad en nombre del Estado (art. 8). El Comité insta al Estado parte a modificar los instrumentos legislativos vigentes que corresponda para que todos los funcionarios públicos que no ejerzan la autoridad en nombre del Estado parte puedan ejercer libremente su derecho de huelga (...) ⁶².

En la Observación Final relativa a Eslovaquia de 2012 el CDESC señala:

(...)17. Preocupan al Comité las limitaciones excesivas del derecho a la huelga de ciertas categorías de funcionarios del Estado (art. 8). El Comité recomienda al Estado parte que revise su legislación, en especial la Ley N° 2 de 1991, con

El texto de la Observación Final relativa a Burundi, de 2015, citado por la Corte Suprema es el siguiente:

(...)31. El Comité considera preocupante que el ejercicio de los derechos sindicales, como la negociación colectiva y el derecho de huelga, siga siendo objeto de restricciones excesivas en la legislación y en la práctica (art. 8). 32. El Comité insta al Estado parte a que armonice su legislación sobre los derechos sindicales con el artículo 8 del Pacto, teniendo en cuenta el Convenio de 1948 de la OIT sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (núm. 87) y el Convenio de 1949 de la OIT relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva (núm. 98). El Estado parte debería prestar atención especial al artículo 275, del Código del Trabajo, relativo a la elección de los representantes sindicales, y a los artículos 211 a 223 del mismo Código sobre el ejercicio del derecho de huelga, así como a los artículos 8 y 10 de la Ley núm. 1/015 de 29 de noviembre de 2002 por los que se reglamenta el ejercicio del derecho de sindicación y el derecho de huelga en la función pública. El Comité insta también al Estado parte a que proteja los derechos sindicales e investigue con diligencia todas las denuncias de violaciones de estos derechos que se señalen a su atención, y a que prevea una reparación adecuada (...).

E/C.12/BDI/CO/1. Enlace (en español): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/BDI/CO/1&Lang=Sp. (recuperado el 27/11/2016).

A su vez, el texto de la Observación Final relativa a Kazajistán, de 2010, citado por la Corte Suprema es el siguiente:

(...)22. El Comité observa con preocupación las restricciones impuestas por el Estado parte al derecho de huelga. El Comité insta al Estado parte a que reconsidere su legislación sobre el derecho de huelga para armonizarla con el artículo 8 del Pacto y con los Convenios de la OIT relativos al derecho de huelga (art. 8) (...).

E/C.12/KAZ/CO/1. Enlace (en español): <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8762> (recuperado el 27/11/2016).

⁶² Año 2011, E/C.12/RUS/CO/5. Enlace (en español): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/RUS/CO/5&Lang=En (recuperado el 27/11/2016).

el fin de permitir un ejercicio más amplio del derecho de huelga por ciertas categorías de funcionarios del Estado parte (...) ⁶³.

En la Observación Final relativa a El Salvador de 2014 se lee:

(...)14. El Comité reitera su preocupación sobre las restricciones impuestas al ejercicio del derecho de huelga y sobre el hecho de que un gran número de huelgas son declaradas ilegales por los tribunales en el Estado parte. Asimismo, lamenta no haber recibido datos precisos y actualizados sobre el número de huelgas declaradas ilegales entre 2010 y 2014 y sus causas de ilegalización (art. 8). El Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias para asegurar que todos los trabajadores puedan ejercer su derecho a la huelga, como se establece en el artículo 8 del Pacto. También pide al Estado parte que, en su próximo informe periódico, presente estadísticas detalladas y desglosadas sobre el número de huelgas que los tribunales del Estado parte han declarado ilegales y sus causas (...) ⁶⁴.

Por otra parte, y más allá de la clara doctrina del CDESC, una interpretación del art. 8 del PIDESC a luz de los principios y reglas precitados permite concluir sin hesitación alguna que los trabajadores son titulares del derecho a declarar la huelga.

En efecto, dicha norma establece el “derecho de toda persona” a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección (art. 8.1.a), el “derecho de los sindicatos” a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas (“federaciones o confederaciones nacionales”) a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas (art. 8.1.b), el “derecho de los sindicatos” a funcionar sin obstáculos (art. 8.1.c), y el derecho de huelga, sin indicar titular alguno (art. 8.1.d).

Es decir, la norma ubicó en un “bloque” separado el derecho de huelga sin mención expresa del titular; por lo tanto, se proyecta, necesaria y primariamente, al modo de cualquier tratado de derechos humanos, como “derecho de toda persona”, entendiendo como tal a la persona humana ⁶⁵, en el caso específico laboral a la persona trabajadora.

El Preámbulo del PIDESC, en especial los tramos que subrayaré y destacaré “en negrilla”, a la luz de las consideraciones que expondré en el capítulo siguiente, corroboran dicha interpretación.

En efecto, la parte pertinente de dicho Preámbulo dispone:

⁶³ Año 2012, E/C.12/SVK/CO/2. Enlace (en español): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/SVK/CO/2&Lang=En (recuperado el 27/11/2016).

⁶⁴ Año 2014, E/C.12/SLV/CO/3-5. Enlace (en español): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/SLV/CO/3-5&Lang=En (recuperado el 27/11/2016).

⁶⁵ Gialdino, Rolando E., op. cit. en la nota 61.

(...)Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el **reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,**

Reconociendo que **estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,**

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, **no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales,** tanto como de sus derechos civiles y políticos,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el **respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos** (...)

4.5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

a) Luego de transcribir un tramo del art. 26 de la CADH y el inc. c) del art. 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Corte Suprema en el penúltimo párrafo del considerando 12) de “Orellano” concluye que el reconocimiento del derecho de huelga se encuadra en una norma claramente alusiva a la libertad de asociarse para la defensa y promoción de los intereses profesionales, conclusión que lleva al tribunal argentino a corroborar su tesis según la cual la legalidad de la huelga está condicionada a su proclamación por un sindicato formalmente constituido e inscripto.

b) A mi entender, los criterios hermenéuticos aplicables al caso descartan de plano la tesis restrictiva que propone el Alto Tribunal argentino para interpretar el art. 45, inc. c) de la Carta de la OEA.

En efecto, el art. 31.1 de la CVDT establece que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin...”

El art. 45, inc. c) de la Carta de la OEA reconoce el derecho de huelga “por parte de los trabajadores” e inmediatamente “el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia”.

Es decir, distingue claramente derechos según su titular: por una parte, a las asociaciones les reconoce su personería jurídica y la protección de su libertad e independencia, y, por la otra, a “los trabajadores” el derecho de huelga.

Se trata de un esquema normativo similar al adoptado por el art. 8 del PIDESC, aunque la Carta de la OEA es más clara y contundente pues alude inequívocamente a “los trabajadores” como titulares del derecho de huelga.

Por lo tanto, la interpretación de buena fe conforme al sentido corriente de los términos “los trabajadores” no admite duda alguna.

El Preámbulo de la CADH afirma en lo pertinente:

(...)Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los **derechos esenciales del hombre**; Reconociendo que **los derechos esenciales del hombre** no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que **tienen como fundamento los atributos de la persona humana**, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; (...)

Considerando que **estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos** (...)

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, **sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales**, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la **incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales** (...)

A su vez, el Preámbulo de la Carta de la OEA señala en lo pertinente:

(...) Convencidos de que **su misión histórica es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones**; (...)

Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un **régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre**; (...)

Los tramos que he subrayado y destacado “en negrilla” de los Preámbulos de la CADH y de la Carta de la OEA permiten afirmar que el objeto y fin de ambos instrumentos internacionales es el respeto de los derechos esenciales del hombre, en un régimen de libertad individual y justicia social, a cuyo fin deben crearse condiciones que permitan a cada persona, en libertad y exenta del temor y la miseria, el goce de sus derechos económicos sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

En esa línea, y como fue adelantado en el capítulo 3, constituye criterio hermenéutico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que las normas de la CADH deben

interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la CADH, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Por otra parte, juega un papel relevante el principio *pro persona* receptado expresamente en el art. 29 de la CADH.

Según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen⁶⁶.

En esta inteligencia, el cimero tribunal americano sostiene que a fin de interpretar un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con el mismo (conf. art. 31.2, CVDT), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (conf. art. 31.3, CVDT)⁶⁷, en la especie el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En el marco de una interpretación sistemática de la CADH se deben considerar todas las disposiciones que la integran y los acuerdos e instrumentos relacionados con ella, como por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (CIAGS).

La DADDH está expresamente mencionada en el art. 29, inc. d) de la CADH y la CIAGS también está incluida dentro de los “otros actos internacionales de la misma naturaleza” a los que se refiere aquella norma de la CADH⁶⁸.

Como señala Gros Espiell, la Carta de la OEA, la CADH, la DADDH y la CIAGS forman un conjunto normativo que, pese a las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de los diversos instrumentos que lo componen, es preciso estudiar sistemática y globalmente y en el cual cada uno de estos textos se explica y adquiere su plena significación en la consideración de los otros⁶⁹.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 43 y Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 191.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros citado en la nota 66, párr. 191.

⁶⁸ Zas, Oscar, *op. cit.* en la nota 7, p. 465.

⁶⁹ Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, p. 110, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, España, 1988.

Cabe aclarar que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PSS) también integra el conjunto normativo precitado.

Los considerandos relevantes de la DADDH expresan:

(...)Que los pueblos americanos han **dignificado la persona humana** y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la **protección de los derechos esenciales del hombre** y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad;

Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que **los derechos esenciales del hombre** no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que **tienen como fundamento los atributos de la persona humana**;

Que la protección internacional de los **derechos del hombre** debe ser **guía principalísima del derecho americano en evolución**;

Que la consagración americana de **los derechos esenciales del hombre** unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias (...).

Los considerandos de la DADDH corroboran la interpretación propuesta.

Sin perjuicio de lo que agregaré en el capítulo pertinente, el texto del art. 26 de la CIAGS corrobora irrefutablemente que en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos los trabajadores son titulares del derecho a declarar una huelga, sin perjuicio de que los sindicatos también puedan ser titulares de este derecho.

4.6. El Protocolo de San Salvador

a) En el último párrafo del considerando 12) de Orellano la Corte Suprema, para dilucidar la titularidad del derecho de huelga en el PSS, se limita a señalar que este instrumento internacional contiene una disposición de idéntico tenor a la precedentemente referida en su art. 8 titulado “Derechos Sindicales”.

Si bien el párrafo citado no se caracteriza por su claridad, parece referirse a la interpretación del art. 8 del PIDESC propuesta en el segundo y tercer párrafos del considerando 12).

b) Una interpretación del art. 8.1 del PSS a luz de los principios y reglas hermenéuticos expuestos en este texto permite concluir sin duda alguna que los trabajadores son titulares del derecho a declarar la huelga.

En efecto, dicha norma establece el “derecho de los trabajadores” a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección para la protección y promoción de sus intereses (art. 8.1.a. 1º párr.), el “derecho de los sindicatos” a formar federaciones o confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones internacionales y asociarse a la de su elección (art. 8.1.a.2º párr.), el “derecho de los sindicatos, federaciones y confederaciones” a funcionar libremente (art. 8.1.a.3º párr.), y el derecho a la huelga, sin indicar titular alguno (art. 8.1.b).

Es decir, la norma ubicó en un “bloque” separado el derecho de huelga sin mención expresa del titular; por tanto, se proyecta, necesaria y primariamente, al modo de cualquier tratado de derechos humanos, como “derecho de toda persona”, entendiendo como tal a la persona humana, en el caso específico laboral a la persona trabajadora.

El Preámbulo del PSS, en especial los tramos que subrayaré y destacaré “en negrilla”, corroboran dicha interpretación.

En efecto, la parte pertinente de dicho Preámbulo dispone:

(...)Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de **libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre;**

Reconociendo que **los derechos esenciales del hombre** no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que **tienen como fundamento los atributos de la persona humana** razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto **las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana,** por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros; (...)

Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del **ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales,** tanto como de sus derechos civiles y políticos;

Teniendo presente que **si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos** en función de consolidar en América, sobre la base del respeto

integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (...).

4.7. La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

a) En el considerando 13) de “Orellano” la Corte Suprema descarta para dar sustento a una conclusión distinta las que denomina “ciertas expresiones” como las de la CIAGS, que, inmediatamente después de referirse al derecho de sindicación, señalan -según el parecer del tribunal argentino- “sin aclaración alguna”, que “los trabajadores tienen derecho a la huelga” (arts. 26 y 27).

Sostiene, en apoyo de su tesis restrictiva, que la CIAGS alude genéricamente a la huelga sin diferenciar los aspectos individuales y colectivos del ejercicio de tal derecho, imprecisión que sólo permitiría concluir -según el Supremo Tribunal argentino- que sus disposiciones indudablemente garantizan el derecho de los trabajadores de adherirse a una huelga declarada (art. 27), y el de las organizaciones sindicales de disponerla o declararla como lógico corolario del derecho de sindicación (reconocido en el art. 26).

b) El régimen de interpretación de la CVDT se atiene al principio de la primacía del texto, es decir remite a la aplicación de criterios objetivos de interpretación vinculados a los textos mismos, sin que impida la aplicación de esa pauta la eventual exclusión de la CIAGS del ámbito de la citada CVDT, en tanto en el Derecho Internacional aquélla es la norma cardinal de toda interpretación ⁷⁰.

Según recuerda la Corte Suprema en precedentes anteriores, la CIAGS (Declaración de los derechos sociales del trabajador) fue adoptada por los Estados americanos al mismo tiempo y en el mismo marco en que fueron adoptadas la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948), relación esta por la cual, además, la primera debe servir para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de esta última, i.e., la Declaración Americana (Gros Espiell, Héctor, Estudios sobre derechos

⁷⁰ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

humanos II, IIDH / Civitas, Madrid, 1988, p. 110). Añade el Supremo Tribunal argentino que la CIAGS tuvo por objeto "declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables" (art. 1), y que, según su art. 2 el trabajo goza de la protección especial del Estado ⁷¹.

No resulta dudoso, entonces, que la intención de la CIAGS ha sido la de constituir un mínimo de derechos, dejando a la legislación nacional sólo como medio de mejoramiento de ese límite inferior. Ello armoniza con el Preámbulo, teniendo en cuenta que, según el art. 31.2 de la CVDT, para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá el texto, incluidos su preámbulo y anexos.

El texto del Preámbulo de la Carta expresa en lo pertinente:

(...)Los Estados Americanos, deseosos de dar efectividad a la persistente y generosa aspiración de las Conferencias Interamericanas de que en el Continente existan **normas que protejan ampliamente a los trabajadores;**

(...)

(...) es de interés público, desde el punto de vista internacional, la expedición de una legislación social lo más completa posible que dé a **los trabajadores garantías y derechos en escala no inferior a la indicada en las Convenciones y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo;**

Conformes en que la cooperación económica, tan esencial para las Repúblicas Americanas, no puede ser verdaderamente efectiva a menos que se tomen medidas para **asegurar los derechos de los trabajadores** (...)

La interpretación del art. 26 de la CIAGS en cuanto reconoce a "los trabajadores" el derecho de huelga, conforme al sentido corriente de esos términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la CIAGS, que es la declaración de un mínimo de derechos para los trabajadores, no deja duda alguna acerca de que estos últimos tienen el derecho a declarar la huelga, sin que exista criterio hermenéutico alguno entre los principios y reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que permita reducir ese derecho a la adhesión a una huelga previamente declarada por el sindicato formalmente constituido e inscripto en un registro estatal.

La CIAGS distinguió claramente entre los derechos de asociación consagrados en el art. 26 y el derecho de huelga reconocido a "los trabajadores" en el art. 27, sin que exista pauta

⁷¹ C.S.J.N., Fallos: 333:1361, 10/08/2010, "Ascuá, Luis Ricardo c/Somisa"; Fallos: 336:672, 18/06/2013, "Asociación de Trabajadores del Estado".

objetiva alguna que permita atribuir imprecisión alguna a dicha construcción jurídica y, mucho menos, a los claros e inequívocos términos empleados por el art. 27: “los trabajadores”.

Los criterios hermenéuticos desarrollados a lo largo de este texto corroboran la conclusión expuesta, teniendo en cuenta especialmente los tramos del Preámbulo de la CIAGS que he subrayado y destacado “en negrilla”.

Si hipotéticamente se admitiera la existencia de alguna duda interpretativa, por aplicación del principio *pro persona* debería escogerse la solución más favorable a la persona protegida, esto es, el trabajador, y no restringir su derecho a través de un condicionamiento jurídico inexistente.

4.8. El olvido de un instrumento internacional decisivo: la Declaración Sociolaboral del Mercosur

a) La Corte Suprema omite considerar un instrumento jurídico internacional decisivo para la solución del caso: la Declaración Sociolaboral del Mercosur (DSLMS), pese a que le había reconocido valor jurídico en varios precedentes laborales ⁷².

b) En efecto, el Capítulo denominado “Derechos Colectivos” de la DSLMS adoptada el 10 de diciembre de 1998 regula separadamente la “Libertad de asociación” (art. 8), la “Libertad Sindical” (art. 9), la “Negociación colectiva” (art. 10) y la “Huelga” (art. 11).

Precisamente, el art. 11 dispone:

“1.Los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, atendiendo a las disposiciones nacionales vigentes en cada Estado Parte”

“2.Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad”.

El texto de la norma no admite duda alguna en cuanto al criterio amplio adoptado en materia de titularidad del derecho de huelga, que comprende a los trabajadores y a las organizaciones sindicales, sin que corresponda condicionar ese derecho de los trabajadores a la

⁷² C.S.J.N., Fallos: 332:170, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A. c/Ministerio de Trabajo”; Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro”; Fallos: 332:2043, 01/09/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”.

proclamación previa por un sindicato formalmente constituido e inscripto, pues -como señalé en el párrafo anterior- el derecho de huelga conforma un bloque separado.

Las “disposiciones nacionales vigentes en cada Estado Parte” no habilitan a restringir el derecho de los trabajadores a la sola adhesión a la huelga ya declarada por el sindicato so pretexto de una interpretación restrictiva del concepto “gremios”, pues, aun de admitirse hipotéticamente esta conclusión, cabe reiterar que, según doctrina reiterada de la Corte Suprema, el art. 14 bis de la Constitución Nacional tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. PIDESC, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos, no excluyente de otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano (CADH, art. 29.c), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el principio protectorio que lo encabeza, y la referencia, en general, a las condiciones de trabajo ⁷³.

Cabe destacar que el nuevo texto de la DSLM aprobado el 17 de julio de 2015, luego de la revisión prevista en el art. 24 originario, mantiene en su art. 18 la titularidad de la huelga en cabeza de los trabajadores y las organizaciones sindicales, la inserción de esa norma en el Capítulo denominado “Derechos Colectivos” y ratifica la regulación separada de los restantes institutos del Derecho Colectivo del Trabajo (la “Libertad sindical” -art. 16- y la “Negociación colectiva” -art. 17-), incluyendo ahora expresamente en aquel capítulo la “Promoción y desarrollo de procedimientos preventivos y de autocomposición de conflictos” (art. 19) y el “Diálogo social” (art. 20).

Sin perjuicio de los argumentos expuestos en los capítulos anteriores, la norma de la DSLM reguladora del derecho de huelga, tanto en su redacción de 1998 como en la revisión de 2015, bastaría por sí sola para descartar la tesis de la Corte Suprema y sostener que una pluralidad de trabajadores tiene derecho a declarar la huelga, sin que sea exigible la previa proclamación por el sindicato.

CONCLUSIÓN

Las normas de jerarquía constitucional y supralegal pertinentes interpretadas a la luz de los principios y reglas hermenéuticos expuestos reconocen el derecho a declarar la huelga a una

⁷³ C.S.J.N., sentencias citadas en la nota 15.

pluralidad de trabajadores, sin que sea exigible la proclamación previa por parte de un sindicato formalmente constituido e inscripto.

Naturalmente, los sindicatos -con personería gremial y simplemente inscriptos- también son titulares del mencionado derecho.