
CRÍTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL DE MERCADO

CRITICISM OF FREEDOM OF ASSOCIATION IN THE MARKET

Héctor Omar GARCÍA

Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

hgarciaomar@gmail.com

Fecha de envío: 30/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

CRÍTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL DE MERCADO

Héctor Omar GARCÍA

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Resumen: El trabajo analiza a la libertad sindical desde la óptica de las normas internacionales, así como su evolución e involución. Asimismo, se pondera el derecho de huelga en la jurisprudencia internacional y en la OIT y se plantean los desafíos de cara al futuro para los derechos de acción que integran la libertad sindical.

Palabras clave: Libertad sindical - OIT - Comité de Libertad Sindical - Huelga

Sumario: 1. Introducción: La libertad sindical en las normas internacionales. 2. La libertad sindical en la globalización: evolución e involución. 3. El derecho de huelga en la jurisprudencia internacional y en la OIT. 4. En la búsqueda de soluciones.

Abstract: The work analyzes freedom of association from the perspective of international norms, as well as its evolution and involution. Likewise, the right to strike is weighed in international jurisprudence and in the ILO and challenges for the future are raised for the rights of action that make up freedom of association.

Key words: Freedom of Association - ILO - Committee on Freedom of Association - Strike

Summary: 1. Introduction: Freedom of Association in International Standards. 2. Freedom of association in globalization: evolution and involution. 3. The right to strike in international jurisprudence and in the ILO. 4. In search of solutions.

A O.E.U.,
siempre entre nosotros,
siempre delante de nosotros.

1. Introducción: la libertad sindical en las normas internacionales

Es bien sabido que la libertad sindical, en tanto derecho fundamental de dimensión universal, ha obtenido una plasmación positiva internacional que trasciende a la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT") y su sistema normativo. Atestiguan esa trascendencia numerosos instrumentos jurídicos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.4); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22); el Protocolo de San Salvador (art. 8) y la Declaración Sociolaboral del Mercosur (art 16 del texto revisado en 2015)¹, además de los Convenios núm. 11, 87 y 98, entre otros de la OIT, y dos declaraciones trascendentales de esta organización internacional: la *relativa a los fines y objetivos de la OIT* (Declaración de Filadelfia de 1944), incorporada a la Constitución de la OIT en 1946, y la *relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, de 1998.

Entre los tratados mencionados es necesario destacar los dos pactos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Estos pactos, no solo garantizan —cada uno por su lado— al derecho de libertad sindical sino, además, ambos le otorgan al Convenio n° 87 de la OIT una prevalencia terminante² en cuanto se relaciona con las garantías que este

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", en *Revista de la Asociación Ius et Veritas*, Lima, N° 27, 2003, pp. 247/258. Asimismo, la Corte Suprema argentina aplicó esta declaración como una fuente más entre otras provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, en los casos: "Asociación de Trabajadores del Estado -ATE- c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales", 11/08/2008 (Fallos: 331:2499); "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco SA", 1º/09/2009 (Fallos: 332:2043); y "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/acción de amparo", 7/12/2010 (Fallos: 333:2306).

² El art. 8, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declara que: "Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas

instrumento originado en el tripartismo internacional de la segunda posguerra concede a la autonomía colectiva de los trabajadores³.

A tal punto es relevante esa integración del Convenio 87 a los esos documentos internacionales, sobre todo al PIDCP, por cuanto ella viene a contradecir las visiones de los derechos económicos, sociales y culturales como una edición menor en relación con los denominados derechos “de primera generación” (precisamente, los derechos civiles y políticos), que resultarían además perniciosos en cuanto vendrían a ser causa de supuestos aumentos de costos con consecuencias de pérdida de competitividad para las economías de las empresas y los Estados.

La Argentina, a contracorriente de la ola neoliberal que recorrió Sudamérica durante la década de 1990, reformó su Constitución Nacional (CN) en 1994 e incorporó a su ordenamiento interno las convenciones internacionales como normas de grado *superior a la ley* y, específicamente, los tratados de derechos humanos pasaron a ser fuentes de igual jerarquía que la norma fundamental (art. 75.22 CN). Entre las convenciones internacionales mencionadas en primer término, se encuentran los convenios de la OIT; entre los enunciados en segundo lugar, se encuentran los referidos pactos de las Naciones Unidas.

La integración del Convenio n° 87 al PIDESC y el PIDCP, ambos dotados de la mayor jerarquía normativa en el ordenamiento argentino, dio lugar, tres lustros más tarde, a que la Corte Suprema de Justicia proclamara la jerarquía

garantías.” Una cláusula casi idéntica conforma el numeral 3 del art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³ Sin desconocer que el art. 2 del Convenio n° 87 incluye como sujetos titulares del derecho de libertad sindical a *los empleadores*; tomamos en cuenta esta norma internacional en cuanto concierne a *los trabajadores*, teniendo en cuenta los señalamientos provenientes de algunos autores, como Ermida Uriarte, quien puso de manifiesto que “las razones por las cuales la OIT bilateraliza la titularidad de la libertad sindical luego de treinta años de atribuirle unilateralmente a los trabajadores, parecen ser exclusivamente pragmáticas y políticas, así como ajenas a la dogmática jurídica. E inmediatamente se hace necesario advertir que tal bilateralización resiente la función protectora del derecho fundamental de sindicación.” Vid. ERMIDA URIARTE, Oscar, “Crítica de la libertad sindical”, en rev. *Derecho Laboral*, Montevideo, t. LIV – N° 242, abril – junio 2011, p. 233. Con idéntica orientación, Villavicencio Ríos tampoco acepta las tesis que denomina *bilaterales* o *pansindicales* y mantiene toda referencia a este derecho en el terreno exclusivo de los trabajadores. Vid. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*, OIT (Proyecto FSAL/ACTRAV) – PLADES – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, p. 97, nota 62.

constitucional del convenio de la OIT que garantiza la libertad sindical y el derecho de sindicación⁴.

En términos comparables a los de la Corte argentina se han expresado otros tribunales superiores del subcontinente. El Tribunal Constitucional del Perú, al considerar incluidos en el respectivo *bloque de constitucionalidad* los convenios de la OIT en materia de negociación colectiva, como el 98, el 151 y el 154⁵. Y antes, en 1999, lo había hecho la Corte Constitucional de Colombia, cuando tuvo oportunidad de sentar doctrina sobre la integración de las *recomendaciones* del Comité de Libertad Sindical al bloque de constitucionalidad de este país⁶.

Sin embargo, estos casos de tutela judicial efectiva de la libertad sindical provenientes de altos tribunales sudamericanos, son tan puntuales que producen al mismo tiempo sensaciones gratificantes e inquietantes. Ello, porque en definitiva se trata de pronunciamientos escasos y sus criterios no son perdurables. Es más vasta la tendencia que se observa en la jurisprudencia de los altos tribunales de la región y también en la de tribunales superiores de países europeos (por caso, del Tribunal Constitucional de España⁷), sobre todo

⁴ “El Convenio, además de haber sido ratificado por la Argentina (en 1960) y estar claramente comprendido en la citada Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, ha sido hecho propio, de acuerdo con lo ya señalado, por dos tratados con jerarquía constitucional”. Véase: CSJN, 11/08/2008, “Asociación de Trabajadores del Estado –ATE– c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales” (Fallos: 331:2499).

⁵ Véase STC 3/09/2015 (Expedientes 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC), especialmente el voto concurrente de la magistrada Ledesma Narváez.

⁶ “Las recomendaciones de la OIT son obligatorias para el gobierno por dos razones: primera, en virtud de la Constitución de la OIT (art. 19), y de los convenios 87 y 98 sobre sindicalización, todos ratificados por el Estado. Segunda, la *Constitución Política*, artículos 39, (derecho de asociación sindical) 56, (derecho de huelga) 53 (los Convenios Internacionales en materia de derecho al trabajo pertenecen a la legislación interna), y 93 (prevalencia de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia).” Véase: Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, “Sindicato de las Empresas Varias de Medellín c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín E.S.P.”, 10/08/1999 (sent. T-568/99).

⁷ En el caso “Tele-Madrid”, el Tribunal Constitucional español convalidó la práctica del *esquirolaje tecnológico*, esto es, el reemplazo de huelguistas por medios tecnológicos: “la efectividad del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta la empresa o abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos perseguidos por la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma”. Véase STC 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017, 17), y asimismo TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El esquirolaje tecnológico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.

en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, decididamente encaminada a desandar el camino en la garantía de los derechos de libertad sindical iniciado en la primera posguerra mundial, con la fundación de la OIT, y desarrollado en la segunda. La propia corte argentina, en la década pasada, comenzó a retroceder en la tutela de los derechos de libertad sindical, concretamente en materias como la titularidad del derecho de huelga⁸ y la protección de los representantes gremiales contra el despido⁹.

Fase de retroceso, de debilitamiento o de neutralización de la eficacia de las garantías del derecho de libertad sindical más allá de su reconocimiento formal como libertad de constituir asociaciones gremiales. En palabras más claras, lo que se puede constatar es un proceso de vaciamiento del contenido de la libertad sindical. Se mantiene una cierta consideración hacia la libertad sindical en su expresión estática o formal como derecho de constituir organizaciones sindicales y de afiliarse a ellas. Un derecho o —en palabras de Massimo D’Antona— “una libertad en una sola dimensión, una « *libertad de* »¹⁰”.

2. La libertad sindical en la globalización: evolución e involución

La noción de libertad sindical se encuentra sometida a una intensa presión que procura estrechar progresivamente su alcance hasta identificarlo con el de una inadjetivada libertad de asociación. Sarthou enfrentó ese intento oponiendo las razones históricas que condujeron a la construcción del derecho de libertad sindical, cuya naturaleza “nada tiene que ver con el derecho de asociación que generan las sociedades comerciales o las asociaciones en el derecho civil o común”. La constitucionalización específica de la libertad sindical y sus

⁸ CSJN, 7/06/2016, “Orellano, Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo” (Fallos: 339:760). En esta sentencia el máximo tribunal argentino concentró la titularidad del derecho de huelga en las organizaciones sindicales, haciendo una interpretación restrictiva del término “*gremios*” adoptado por el art. 14 bis CN, inspirado en el art. 56 de la Constitución uruguaya de 1934, modificada en 1942.

⁹ CSJN, 23/02/2016, “De Caso, Andrea L. c. Cascada S.R.L. s/reinstalación (sumarísimo)” (Fallos: 339:155); *idem*, 4/09/2018, “Varela, José G. c. Disco S.A. s/amparo sindical” (Fallos: 341:1106); *idem*, 4/06/2020, “Laurenzo, Juan Manuel c. Unión Platense S.R.L. s/amparo” (Fallos: 343:341).

¹⁰ D’ANTONA, Massimo, “Derechos sindicales y derecho del sindicato en Italia: el Título III del Estatuto de los Trabajadores revisitado”, traducido por Rosario Gallardo, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N° 1, Edit. Complutense, Madrid, 1992, p. 90.

elementos componentes —evoca Sarthou— “no es un hecho social, político e institucional superfluo o redundante, con base en que ya estaba garantizado el genérico derecho de asociación”, sino media una “diferencia esencial entre las expresiones subjetivas de esa libertad de agremiación y de la necesidad social de los sujetos sindicales frente a la contingencialidad de las asociaciones del simple derecho de asociación, que ningún conflicto histórico promovieron en la historia de la humanidad”¹¹.

Conforme señala Romagnoli, el tratamiento diferenciado de la libertad sindical respecto de la libertad de asociación tal como la entendía la doctrina del liberalismo clásico, es decir, como ausencia de ataduras e interferencias, edificó el salto cualitativo representado por el Derecho del Trabajo. La libertad sindical —ilustra el maestro de Bolonia—, desde que dejó de contentarse con la inviolabilidad, adquirió la dimensión de « *libertad para* ». “Ya no es tan solo un principio abstracto” y “se halla provista del poder de procurarse recursos de naturaleza diversa que el empresario no puede negarse a proporcionar sino a costa de incurrir en ilicitud”¹².

Sin embargo, la visión unidimensional de la libertad sindical, como nuda *libertad de asociación* —tal como es enunciado el derecho en lengua inglesa y se plasmó en la denominación que recibe el Convenio n° 87 en este idioma (*freedom of association*)—, gana espacio en la actualidad de las relaciones y las instituciones ligadas al trabajo y trastoca la finalidad esencial de la libertad sindical cifrada en la creación y tutela de otros derechos del trabajador en la tendencia hacia la subordinación de su objeto a las libertades económicas que impone el mercado. Se produce así otro tránsito (esta vez, involutivo) de la

¹¹ “Por eso hablamos de un pluralismo conflictual en el sistema capitalista, tomando en este aspecto la posición sostenida por Khan-Freund. Pero le agregamos que además es fundacional o genético, que es bipolar y que, en cuando tal, ha sido bilateralmente constitucionalizado. (...) el reconocimiento del derecho de la libertad sindical representa el acuerdo en ese pluralismo conflictual genético, bipolar y constitucionalizado de los propietarios de capital y los trabajadores en tregua histórica, con sus armas jurídicas documentadas en el pacto fundacional de la comunidad.” Cfr. SARTHOU, Helios, “Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical”, en DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, edición de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 188, México, 1997, p. 179.

¹² ROMAGNOLI, Umberto, “La libertad sindical, hoy” (traducción de Antonio Baylos), en *Revista de Derecho Social*, Albacete, N° 14, abril – junio 2001, p. 15.

libertad sindical que, más que un retorno a la concepción de esta como simple *libertad de asociación*, implica una mutación de la *libertad sindical para* enfrentar los intereses del empresario, en preservación de los derechos del trabajador, hacia una suerte de libertad sindical anómala: una *libertad sindical de mercado*, sometida a modificación genética para satisfacer los intereses del empleador, aunque ello deba ocurrir a costa de los derechos que antes tutelaba.

La libertad sindical impostada, renegada, deriva de la tendencia, creciente, a despojar a aquel derecho fundamental de toda garantía a los derechos de acción que hacen a su instrumentalidad esencial; principalmente, los derechos de huelga y de negociación colectiva, que son precisamente las expresiones agónicas de la libertad sindical, las que poseen la capacidad concreta de modificar la realidad, los hipotéticos estados de cosas desfavorables a los trabajadores. Derechos imprescindibles para que la libertad sindical cumpla su *función instrumental* de generar y tutelar otros derechos de los trabajadores.

Tal concepción plana, inocua, de la libertad sindical, preferida por el capitalismo global de estos tiempos, implica un reverdecimiento del integrismo liberal en el campo económico y social, cuyo principal representante ha sido Friedrich Hayek. Este influyente economista y jurista cuestionó, desde mediados del siglo pasado, la existencia misma de los sindicatos. Escribió alegatos corrosivos en contra del reconocimiento de derechos sindicales más allá de la mera libertad de asociación, despojada de toda capacidad de negociación y de conflicto¹³.

La corriente neoconservadora no deja, desde luego, de tener contrincantes. En el debate de ideas es enfrentada por juristas como Antonio Baylos y Alain Supiot. El primero, saliendo al cruce del resurgimiento del pensamiento de Hayek en ámbitos académicos y de la política pública, cuestiona que: “Pese a que la ideología respeta como elemento fundante de la sociedad las libertades cívicas, entre ellas la libertad de asociación, la libertad de los trabajadores para asociarse en la defensa de sus intereses ha sido siempre vista con sospecha, de manera que se debía limitar o anular, en ocasiones, a través

¹³ “Los sindicatos no han conseguido su importancia y poder actuales por el mero ejercicio del derecho de asociación.” Vid. HAYEK, Friedrich A., “Sindicatos, inflación y beneficios”, integrada a la obra *Sindicatos, ¿para qué?*, colección *Laissez faire!*, Unión Editorial, Madrid, 2009, p. 20.

de la interdicción o restricción muy intensa de sus medios de acción, como la negociación colectiva y, especialmente, la huelga”¹⁴. Por su lado, Supiot opone a las ideas de Hayek el principio de solidaridad¹⁵, verdadero emblema del asociacionismo obrero.

3. El derecho de huelga en la jurisprudencia internacional y en la OIT

Otrora hermanos siameses, hoy, la huelga y la libertad sindical se encuentran sometidos a presiones tendientes a su separación. Más allá de la consagración formal de ambos derechos en las constituciones políticas de la mayoría de los países de América Latina y de Europa¹⁶, la huelga entró en el siglo XXI padeciendo problemas de eficacia. Estos provienen, en algunos casos, de la normativa infraconstitucional pero, en su mayor medida, de las instancias institucionales a cargo de asegurar la aplicación de la normas en el ámbito jurídico interno de los Estados y en el internacional. Los “treinta años gloriosos” para los derechos sociales fueron sucedidos por otros treinta de pérdidas y retroceso que conforman una tendencia que parece indetenible.

La desagregación forzada de la huelga respecto de la libertad sindical es ostensible en la jurisprudencia de diversos países y, particularmente, en la más alta instancia judicial europea. Pero donde este problema se verifica con singular

¹⁴ BAYLOS, Antonio, *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, Serie Estudios Socioculturales, Los libros de la Catarata, Madrid, 2012, p. 113.

¹⁵ El jurista francés afirma que la justicia social es, hoy, el principal obstáculo que enfrenta el Mercado para imponerse completamente al orden jurídico, y es por ello que las empresas lo han convertido en objeto de destrucción sistemática. Vid. SUPLOT, Alain, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, coll. Poids et mesures du monde, Fayard, París, 2015.

¹⁶ Con la salvedad que corresponde al Reino Unido, donde la huelga no goza de reconocimiento como derecho, sino apenas como una *libertad*, que el trabajador puede ejercer pero sin protección contra el despido. Se considera que el trabajador que acude a la huelga incurre en incumplimiento del contrato de trabajo, generando además responsabilidad para el sindicato convocante por inducir a los trabajadores a dicha ruptura. La acción se presume ilegal y solo se ampara si la huelga encuadra en alguna de las inmunidades legalmente establecidas, aplicables exclusivamente en el marco de un conflicto entre los trabajadores y su empleador (*trade dispute*), pues, de lo contrario, el empresario puede demandar una orden judicial (*injunction*) para detener la acción o, en su caso, reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, colección *Enfoque Laboral*, n° 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 61/62.

énfasis es en el sistema de control normativo de la OIT. Fue puesto en evidencia crudamente por el embate frontal del Grupo de los Empleadores de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo contra el principal organismo de ese sistema de control de la OIT —la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones—, que no se limitó a los *idus* de junio de 2012 sino perdura indefinidamente.

El cuestionamiento del empresariado mundial¹⁷ es de doble carácter: formal o metodológico y sustancial o de interpretación normativa, y se traduce de manera concreta en dos dimensiones: a) la negación del derecho de huelga como parte del contenido del Convenio n° 87¹⁸; y b) el desconocimiento de la competencia de la Comisión de Expertos para interpretar las normas de la propia OIT (lo que implica la puesta en crisis del entero sistema de control normativo, que hace a la razón de existencia de esta agencia internacional)¹⁹.

La desmesurada presión para excluir al derecho de huelga del Convenio n° 87 no se explica sino como demostración de fuerza del empresariado internacional, que volcó el peso de su influencia —nunca antes exhibida de forma tan impudorosa— sobre los gobiernos de los Estados miembros de la OIT y en la propia organización con la finalidad de despojar de garantía jurídica a la principal herramienta que poseen los trabajadores para la defensa de sus

¹⁷ La posición respecto de la ajenidad del derecho de huelga con respecto al Convenio n° 87 y la crítica relativa al alcance del mandato de la Comisión de Expertos habían sido anticipadas por la Organización Internacional de Empleadores (OIE) en un documento de junio de 2011.

¹⁸ “Al comienzo de la reunión de la Comisión de Aplicación de Normas de 2012, el Vicepresidente empleador expresó la insatisfacción de su Grupo con algunas partes del estudio general (de la comisión de Expertos). El Grupo de los Empleadores mantuvo que no podía interpretarse que del Convenio núm. 87 emane el derecho de huelga, y dijo que no se limitaría a presentar una simple objeción al respecto, como había hecho hasta entonces. Esta vez, los empleadores exigían que no se examinase ningún caso de incumplimiento grave del Convenio núm. 87 por parte de un Estado Miembro que lo hubiera ratificado.” *Vid.* BELLACE, op. cit., pp. 62/64.

¹⁹ “Aunque los empleadores venían manifestando esas objeciones desde hacía veinte años, lo que sorprendía esta vez era su modo de percibir las relaciones internas dentro de la OIT. Aceptar este enfoque supone afirmar que los miles de casos sobre los que se ha pronunciado el CLS a lo largo de sus sesenta años de existencia no han dado lugar a un marco coherente respecto de la libertad sindical que pueda servir de referencia a otros órganos de la Organización, y que la Comisión de Expertos, al velar por la aplicación del Convenio núm. 87, no puede basarse en la interpretación del CLS sobre las garantías constitucionales que protegen la libertad sindical.” Véase BELLACE, Janice, “La OIT y el derecho de huelga”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133 (2014), núm. 1, pp. 62/64.

derechos e intereses, como expresa el denominado *principio básico* del Comité de Libertad Sindical en materia de huelga²⁰.

No caben dudas de que el art. 3 del Convenio n° 87, cuando consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores a “formular su programa de acción”, alude a la huelga. ¿A qué índole de acciones sindicales podría remitir el convenio sobre la libertad sindical que no incluyera este derecho?

La ponderación jurídica de la huelga no está en crisis en el ámbito interamericano, donde mantiene vigencia la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los *leading cases* internacionales “*Baena vs. Panamá*” y “*Huilca Tecse vs. Perú*”. De acuerdo con esta doctrina, la libertad sindical radica “básicamente” en la facultad de constituir organizaciones sindicales, pero no solo en ella, sino igualmente en las facultades de “*poner en marcha [la] estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención*

²⁰ “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.” Este derecho, también dentro de la doctrina del Comité, se encuentra garantizado por el Convenio n° 87: “El derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87.” Véase: OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, Sexta edición (2018), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 145, párr. 752 y 754, respectivamente. Sin perjuicio de este reconocimiento del Comité, que merece ponerse en relieve, de la huelga como un derecho fundamental contenido en el Convenio n° 87, su doctrina continúa inevitablemente en el proceso de “conservadurización” observado por Ermida Uriarte hace una década (Vid. Ermida Uriarte, Oscar, “Crítica de la libertad sindical”, en rev. *Derecho Laboral*, t. LIV – N° 242, Montevideo, Abril – Junio 2011, pp. 236/238). Este repliegue en la doctrina jurídica del sistema de control normativo de la OIT es evidente en otros párrafos de las últimas recopilaciones de decisiones del Comité —la de 2006 y la de 2018, que acaba de citarse—, en la que aparece una preocupante matización del mencionado “principio básico” en materia de huelga. En los párrafos 520 y 751 de sendas recopilaciones, puede leerse que: “El Comité ha estimado siempre que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones **únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos.**” (Resaltado agregado.) Más que una reafirmación de inveterada doctrina, parece un intento del Comité de rescribir su historia, dado que el condicionamiento a la defensa excluyente de intereses “únicamente económicos” de los trabajadores parece desdejar su propia doctrina sobre la legitimidad de las huelgas políticas, que se encuentra a la vista en las mismas recopilaciones. A título de ejemplo, véase: *La libertad sindical*, recopilación de 2006, p. 526. “Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores.” *Ibidem*, párr. 527: “Las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política, económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida.”

de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho” (“Baena”)²¹. La libertad sindical de asociación y de acción son dos dimensiones que “*deben ser garantizadas simultáneamente*”, puesto que “[l]a libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga” (“Huilca Tecse”)²².

Pero si dirigimos la mirada hacia Europa, constatamos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de huelga y de negociación colectiva se encuentra ligada a las libertades económicas, porque este tribunal ha juzgado estos derechos sociales en relación con las libertades de establecimiento y desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios²³ (garantizadas por el art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Directiva 96/71).

Apenas transcurrido un lustro del siglo XXI, la alta jurisprudencia europea inició un proceso de relativización y condicionamiento de la eficacia de los derechos laborales colectivos mediante el dictado de sentencias controversiales (en los casos “*Viking*”, “*Laval*”, “*Ruffert*” y “*Fonnship*”²⁴) que deslegitimaron el ejercicio de la huelga y la negociación colectiva cuando estos derechos entraron en colisión con las referidas libertades del mercado eurocomunitario. El TJUE priorizó las ventajas competitivas de las empresas que desplazaron sus trabajadores *low cost* al territorio de otros estados sin someterse a la normativa legal y convencional de estos últimos, que les resultaba más onerosa en cuanto

²¹ CortelIDH, “*Baena, Ricardo y otros vs. Panamá (Fondo, reparaciones y costas)*”, sentencia del 2/02/2001, Serie C N° 72, párr. 156.

²² CortelIDH, “*Huilca Tecse, Pedro y otros vs. Perú (Fondo, reparaciones y costas)*”, sentencia del 3/03/2005, Serie C N° 121, párr. 70 y 72.

²³ MENDOZA NAVAS, Natividad, “La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Directora), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, col. *Enfoque Laboral* n° 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 123.

²⁴ Respectivamente: STJUE, 11 de diciembre de 2007, “*International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union (FSU) vs. Viking Line ABP y su filial OU Viking Line Eesti*” (C-438/05); *ídem*, 18 de diciembre de 2007, “*Laval un Partneri Ltd. vs. Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*” (C-341/05); *ídem*, 3 de abril de 2008, “*Dirk Ruffert vs. Land Niedersachsen*” (C-346/06); e *ídem*, 8 de julio de 2014, “*Fonnship A/S vs. Svenska Transportarbetare-förbundet y del Facket för Service och Kommunikation (SEKO)*” (C-83/13).

a costos salariales y condiciones de trabajo, aunque ello implicara favorecer el *dumping* social.

Conforme sintetiza Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, la libre prestación de servicios opera a favor de las empresas que desplazan trabajadores y, en perjuicio de estos, como inmunidad o antídoto frente a la legislación laboral y la autonomía colectiva del país de acogida, lo cual determina el consecuente sacrificio de los derechos fundamentales de libertad sindical, huelga y negociación colectiva, tanto de las organizaciones sindicales y de los trabajadores del Estado huésped como de los propios trabajadores desplazados, cuyos derechos colectivos y su posible ejercicio en el lugar de trabajo no aparecen directamente afirmados²⁵.

La doctrina del TJUE favorece ostensiblemente a la libertad de mercado a costa de los derechos de libertad sindical. Puntualmente, en detrimento de la eficacia de las normas nacionales e internacionales que tutelan el derecho de huelga y la vigencia de las convenciones colectivas. Las decisiones de la máxima instancia jurisdiccional de la Unión ilustra la prevalencia de “la Europa de los mercaderes” por sobre “la Europa de los trabajadores”²⁶.

No es posible cerrar este apartado sin hacer siquiera una referencia a la utilización de la tecnología de avanzada para neutralizar la eficacia del ejercicio del derecho de huelga. Este fenómeno, denominado *esquirolaje tecnológico*, que ya ha generado debate jurisprudencial en Europa, no consiste sino en el reemplazo de los trabajadores huelguistas, pero ya no por otros trabajadores

²⁵ De acuerdo con el autor arriba citado, el TJCE, interpretando la normativa de la Unión Europea (Directiva 96/71) a la luz del art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (que prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro), además de asegurar un núcleo de reglas imperativas de protección mínima que deben respetar, en el país de acogida, los empresarios que desplazan a trabajadores con objeto de efectuar un trabajo de carácter temporal en el lugar de la prestación, opera también como fijación de máximos de protección, evitando reglas laborales en el país de acogida que mejoren las establecidas en el país de origen (más allá de ese núcleo de normas mínimas). *Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER*, Miguel, “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo”, en *Temas Laborales*, núm. 100, vol. 2, 2009, p. 546.

²⁶ MIRANDA BOTO, José María, “La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europea”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, col. *Enfoque Laboral* nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 85.

contratados *ad hoc* por el empresario (*esquiroles*), sino por dispositivos automatizados²⁷.

4. En la búsqueda de soluciones

Los derechos de acción que integran la libertad sindical, para que esta no permanezca congelada en una mera libertad de asociación testimonial, tienen que incidir en el mismo ámbito global en que acontece el problema, que urge resolver. La pregunta es cómo lograr superar esta situación, que excede lo coyuntural y se encamina hacia su agravamiento, como lo ponen en evidencia la jurisprudencia europea destacada precedentemente y el bloqueo de los mecanismos de control de normas en cuanto se refiere a la huelga nada menos que en el seno de la OIT.

La gravedad y complejidad de la situación no exime a los Estados de buscar respuestas disponiendo de todos los medios a su alcance, pero sin embargo está claro que, dada la dimensión transnacional del problema, este no podrá ser enfrentado victoriosamente desde el aislado marco de la legislación estatal, que la libre circulación de mercancías y capitales permite a las empresas eludir con facilidad²⁸. Es necesario impulsar acciones que se proyecten extraterritorialmente, es decir, que trasciendan esa limitada dimensión geográfica-jurídica, con el fin de construir una regulación.

Tras ese fin, no se debe menospreciar que aún preservan su vigencia instrumentos internacionales de derechos fundamentales que podrían dar sustento a un hipotético pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia, que es el órgano autorizado para clausurar cualquier discusión relativa a la interpretación de tratados²⁹.

²⁷ Véanse la sentencia sintetizada y la bibliografía citada en la nota 7 de este trabajo.

²⁸ SUPIOT, Alain, *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, traducción de Jordi Terré, Península, Barcelona, 2011, p. 148.

²⁹ De acuerdo con el art. 92 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, "*La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas...*" A su vez, el art. 94.1 de la carta orgánica del alto tribunal internacional con sede en La Haya dispone que: "*Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.*" Y el art. 96 del mismo instrumento agrega que: "**a)** *La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión*

Por otro lado, hay un factor que no debe abdicar su papel de actor relevante en las relaciones laborales transnacionales, y este es obviamente el sindicato. Aunque la pérdida de influencia y la desorientación del movimiento obrero internacional en el escenario de la globalización financiera son inocultables, aún conserva, este actor, un lugar insoslayable en el tripartismo estructural de la OIT.

Desde ese lugar, y en relación con lo señalado dos párrafos más arriba, la Central Sindical Internacional, aún está a tiempo de corregir el error de haber acordado con la OIE, en febrero de 2013, no llevar ante la Corte Internacional de Justicia el planteo sobre la pertenencia del derecho de huelga al contenido del Convenio n° 87. El error puede corregirse denunciando ese acuerdo y requiriendo al Consejo de Administración de la OIT la presentación de una consulta sobre el tema en cuestión ante la Corte de La Haya, que —como se ha dicho— es el único tribunal idóneo para poner un punto final a la discusión.

Este tribunal todavía cuenta con un bagaje importante de normas y doctrina jurídica internacionales en que apoyarse para reafirmar la garantía que recibe la huelga del Convenio sobre la libertad sindical. Doctrina que, con el transcurso del tiempo, continuará diluyéndose así como acrecentándose la creencia de que los sindicatos no han logrado entrar en el siglo XXI.

jurídica. b) Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.”

Bibliografía

- BAYLOS, A. (2012). *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, Serie *Estudios Socioculturales*, Los libros de la Catarata, Madrid.
- BELLACE, J. (2014). “La OIT y el derecho de huelga”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, núm. 1.
- D’ ANTONA, M. (1992). “Derechos sindicales y derecho del sindicato en Italia: el Título III del Estatuto de los Trabajadores revisitado”, traducido por Rosario Gallardo, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Nº 1, Edit. Complutense, Madrid.
- ERMIDA URIARTE, O. (2003). “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”, *Revista de la Asociación Ius et Veritas*, Lima, Nº 27.
- ERMIDA URIARTE, O. (2011). “Crítica de la libertad sindical”, *rev. Derecho Laboral*, Montevideo, t. LIV, Nº 242, abril – junio.
- HAYEK, F. (2009). “Sindicatos, inflación y beneficios”, *Sindicatos, ¿para qué?*, Colección *Laissez faire!*, Unión Editorial, Madrid.
- MENDOZA NAVAS, N. (2016). “La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Directora), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, Colección *Enfoque Laboral* nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia.
- MIRANDA BOTO, J. (2016). “La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europea”, en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, Colección *Enfoque Laboral* nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2016). “La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Colección *Enfoque Laboral*, nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia.
- OIT (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO FERRER, M. (2009). “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 100, vol. 2.
- ROMAGNOLI, U. (2001). “La libertad sindical, hoy” (traducción de Antonio Baylos), *Revista de Derecho Social*, Albacete, Nº 14, abril – junio.
- SARTHOU, H. (1997). “Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical”, en DE BUEN LOZANO, N. y MORGADO VALENZUELA, E. (Coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, edición de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 188, México.
- SUPIOT, A. (2011). *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, traducción de Jordi Terré, Península, Barcelona.
- SUPIOT, A. (2015). *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, coll. *Poids et mesures du monde*, Fayard, París.
- TASCÓN LÓPEZ, R. (2018). *El esquirolaje tecnológico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.
- VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*, OIT (Proyecto FSAL/ACTRAV) – PLADES – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.