

OPINION ESCRITA sobre LA LIBERTAD SINDICAL, LA NEGOCIACION COLECTIVA, LA HUELGA Y UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.-

Excma. Corte Interamericana.-

Carlos Javier Spaventa Domenech, abogado [REDACTED]

I.- OBJETO.- Que en tiempo y forma vengo a presentar una opinión escrita en la solicitud de opinión consultiva sobre el “Alcance de las obligaciones de los estados, bajo el sistema interamericano, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género.”

II.- SOBRE LAS CONSULTAS ESPECÍFICAS DE LA CIDH. CRITICA, REPLANTEO y alguna respuesta.- La CIDH termina su solicitud de opinión consultiva formulando quince preguntas (en el punto V. Consultas Específicas, párrafo 69).

1.- La CIDH no pone en juego todos los textos o documentos internacionales relevantes para ser interpretados. La CIDH omite importantes documentos, tales como la DU, el PIDESYC, el PIDEYCYP, la DF y los COIT 87, COIT 98, COIT 135, y COIT156.

2.- En general las preguntas que formula la CIDH están mal planteadas. La gran mayoría de ellas, NO son preguntas jurídicas o que posean un interés jurídico ni que respondan a un método jurídico. Son cuestionamientos poco fructíferos.

¿Cuáles son las cuestiones que hay que plantear si se pone bajo análisis la libertad sindical, la negociación colectiva, la huelga, y teniendo en cuenta a la perspectiva de género y el cambio tecnológico? Son las mismas que hay que plantear cuando se analiza cualquier otra cuestión jurídica en materia de derechos humanos.

Primero hay que juntar (o coleccionar) todos (o por lo menos los más relevantes) textos jurídicos que van a ser objeto de la interpretación.

Segundo hay que, a partir de esos textos, identificar las mejores normas (los sentidos o significados más favorables a la persona que trabaja) dentro del marco de los significados posibles de cada uno de los documentos o enunciados. La norma más favorable a la persona que trabaja es la norma que más poder y más riquezas reconoce a

favor de dicha persona. Y esta norma es la norma aplicable (o la norma que se debe usar).¹

¿Para qué? Para, a partir de los documentos internacionales, determinar quiénes son los titulares de los derechos; quienes son los sujetos pasivos (u obligados); cuáles son las acciones permitidas, obligatorias o prohibidas; y cuáles son las circunstancias de tiempo y lugar para la ejecución.

3.- Aquí subrayo que, en materia de derechos humanos, hay que adoptar el punto de vista de la persona y NO del gobierno (o del “Estado”, como escriben los estatistas). Se trata de adoptar un punto de vista ex populi y NO ex principi.

La CIDH está más interesada en que se determinen las obligaciones del “estado” que en averiguar cuáles son los derechos de la persona.

No desconozco que los derechos humanos implican obligaciones a cargo del gobierno, pero también es cierto que además implican deberes de otras personas, tales como los patronales. Y este punto NO debe quedar sin analizar.

Hay una impronta de libertad igualitaria, de libertad y de igualdad, que no debemos perder de vista en el régimen de los derechos humanos y de la república democrática, conforme aparece claramente establecida desde la Declaración de Virginia de 1776, en la Declaración de Independencia (de Jefferson, también de 1776), en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y (como mínimo) en la Declaración Universal de 1948.

Si la cuestión se plantea desde el punto de vista de la persona y si se indaga sobre cuáles son sus derechos de libertad sindical, de negociación colectiva o de huelga, aparecen o surgen otros problemas centrales, a saber: las acciones para la defensa de esos derechos; la forma de gobierno y de gobernar requerida para el pleno goce y ejercicio de esos derechos; y el régimen de propiedad (que incluye una discusión sobre la participación en las ganancias, el control de la producción y el consumo y la colaboración en la dirección de las empresas).

4.- No se trata de estudiar los procedimientos del “estado” sin analizar a la dominación burocrática. La dominación burocrática es limitativa del régimen de derechos humanos y de la república democrática (conforme a Max Weber²). El punto de vista que adopta la CIDH, ex principi más que ex populi, más estatista que popular, más gubernamental que personal, está en línea con la burocratización más que con la democratización de la sociedad moderna.

1 Me ocupo de estas cuestiones en Interpretación y Aplicación del derecho laboral, Buenos Aires, 2020.- que se puede ver en academia.edu.-

2 Ver Max Weber, Economía y Sociedad, FCE, México, 1997.-

En materia de derechos humanos hay que partir del punto de vista de la persona y de una fuerte crítica al estatismo. NO hay una política favorable a los derechos humanos (ni a los derechos sociales) con un incremento de las oficinas públicas, ni con un aumento de las facultades discrecionales del gobierno.

La plena vigencia de los derechos humanos requiere de personas educadas, instruidas en la concepción humanitaria, atentas y activas para asegurar el nivel de desarrollo alcanzado y para promover el progreso social e individual. Sin grupos sociales imbuidos de una concepción humanitaria, la política gubernamental en materia de derechos sociales es sólo un instrumento de la dominación burocrática para el sometimiento de las masas que habitan en los grandes centros urbanos.

5.- La CIDH (en su solicitud de opinión consultiva) confunde al concepto de género con el concepto de mujer, o limita a la perspectiva de género (que parece adoptar en el título de su presentación) a una perspectiva de la mujer (conforme formula las preguntas en el párrafo V. Consultas Específicas). Aquí sólo señalo que el concepto de género no equivale al concepto de mujer.³

6.- La CIDH formula alguna que otra pregunta de manera un poco más inteligible o interesante. Así por ejemplo requiere: “¿es posible permitir de manera general que las protecciones establecidas por la legislación puedan ser derogadas “in peius” por medio de la negociación colectiva?” (en el párrafo V, 69.b).

La respuesta categórica es que un convenio colectivo NO puede modificar in peius de la persona que trabaja (en forma dependiente o autónoma) los mejores derechos reconocidos en la ley, o un decreto, o en un convenio colectivo (sea general o superior), o en un contrato individual de trabajo. Es así de sencillo. El mandato es de asegurar los derechos, NO de desasegararlos. Los mejores derechos reconocidos a favor de la persona que trabaja, marcan un nivel de desarrollo (de adelantamiento, avance o progreso) irreversible, irretrogradable. Por el principio de progresividad los mejores derechos quedan incorporados al patrimonio de la persona que trabaja, son derechos subjetivos de ella, integrados a su contrato individual de trabajo, y por ello son irreversibles o irretrogradables.

7.- No hay que tener una visión estrecha o sólo iuslaboralista de las cuestiones bajo estudio. No son de derecho laboral. No son cuestiones que queden limitadas a determinar las condiciones de labor.

Los derechos están reconocidos a favor de la persona. Para el caso bajo estudio, ello implica a la persona que trabaja bajo relación de

3 Ver de Jeffrey Weeks, Lenguajes de la sexualidad, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2012 (en especial, la palabra “Género”).-

dependencia o en forma autónoma, y a la persona que no trabaja (como el desocupado o el jubilado). Queda así también incluida la persona en su rol de consumidor.

La libertad sindical es un tipo de libertad de asociación. A partir de los documentos internacionales, el sindicato tiene por objeto la defensa de los intereses de la persona (DU 23.4). Los intereses de la persona involucran su vida toda. Son sus necesidades, sus requerimientos, sus deseos, sus planes, afectivos, económicos, sociales, políticos, que se pueden defender a través de las asociaciones (como los sindicatos). ¿Por qué? Porque la persona tiene “derecho de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole” (CA 16).

Así se amplía también el objeto de la negociación colectiva y del contrato colectivo. No están limitados al establecimiento de las condiciones de labor, sino que pueden ser técnicas jurídicas para la regulación también de la producción y del consumo de todo tipo de bienes y servicios.

Sobre la base de la libertad de asociación, de la libertad sindical (y no del sindicato sindical o de políticas corporativistas o neocorporativistas), las asociaciones, los sindicatos, la negociación colectiva (entre propietarios y trabajadores, entre accionistas y trabajadores, entre productores y consumidores, entre ocupados y desocupados) pueden ser técnicas jurídicas adecuadas para la regulación de la producción y el consumo de todo tipo de bienes y servicios.

8.- Los principales documentos internacionales sobre la libertad de asociación, la libertad de reunión, la libertad sindical, la negociación colectiva, los convenios colectivos de trabajo, la huelga, la libertad de pensamiento y de opinión, son (como mínimo) los que paso a señalar. Los referidos a la mujer serán indicados aparte. Veamos.

Libertad de asociación: DU 20, DA XXII, PIDEYCYP 22, CA 16, CODEBOPA 4.h, DF Ib.- Libertad sindical: DU 23.4, PIDESYC 8, PIDEYCYP 22; PROSAL 8; COIT 87: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, y 10; COIT 98: 1.- Negociación colectiva: DF III.e; COIT 98: 4.- Convenio colectivo de trabajo: COIT 98: 4; COIT 135: 3, 4, 6.- Huelga: PIDESYC 8.d; PROSAL: 8.d.- Libertad de pensamiento: DU 18, DA IV, PIDEYCYP 18.- Libertad de opinión: DU 19, PIDEYCYP 19; CA 13, 14, DF Ib.-

NO son todos los textos que se deben analizar para identificar las mejores normas si atendemos a los temas que involucra la CIDH en su solicitud de opinión consultiva.

II.1.- UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.- Los principales documentos internacionales a considerar para elaborar una perspectiva de género (o de los derechos de la mujer) son los siguientes, a saber:

DU 1, 2.1, 6, 12 y 29; DA VII, XVII; PIDESYC 2.2, 7.a.i, 10; PIDECCYP 2.1, 16, 17, 26; CA 1, 2, 3, 11, 17 y 24; PROSAL 3.6; CEDISMU 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15; COBEDOPA, todo; y DF II.-⁴

Los derechos humanos se reconocen a favor de la persona humana sin distinción alguna (y en particular sin distinción por sexo). Esto es básico.

En la DU (29.1) se reconoce el derecho de toda persona a “desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

El derecho al desarrollo libre y pleno de la propia personalidad es la “búsqueda de la felicidad” que sostiene Jefferson en la Declaración de Independencia (de 1776). También es la libertad de “poder hacer todo lo que no perjudique al prójimo: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límite que aquellos que aseguran a los otros miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos” (conforme se reconoce en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, art. 4^o).

Para Guillermo de Humboldt “la verdadera razón no puede apetecer para el hombre otro estado que aquel en que no solamente cada individuo goce de la más completa libertad para desarrollarse por sí mismo y en su propia peculiaridad, sino en el que, además, la naturaleza física no reciba de mano del hombre más forma que la que quiera imprimirle libre y voluntariamente cada individuo, por mandato de sus necesidades e inclinaciones, restringidas solamente por los límites que le impongan su fuerza y su derecho.”⁵

Como dice Mill: “La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera, en tanto que no intentamos privar de sus bienes a otros o frenar sus esfuerzos para obtenerla.”⁶

4 También la perspectiva de género viene dada por la práctica de las mujeres en defensa de sus derechos e intereses, y por la forma o modo en que generan y expresan sus sentimientos, ideas, y percepciones del mundo. Así una clara perspectiva de género es el punto de vista de Darnella Frazer al grabar el video del homicidio de George Floyd (a manos de policías de Minneapolis en mayo de 2020, cuando estoy corrigiendo este borrador).-

5 Guillermo de Humboldt, Límites de la acción del estado, de 1792, en Escritos Políticos, FCE, México, 1983, pág. 99.-

6 John Stuart Mill, Sobre la libertad, Ediciones Orbis SA, pág. 33; En su versión original dice: “The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it.” (en John Stuart Mill, On Liberty and other essays, Oxford University Press, New York, 1998, pág. 17).- En su autobiografía agrega que el principio que defiende en Sobre la libertad es “la importancia que, para el hombre y la sociedad, posee el hecho de que exista una gran variedad de tipos de carácter, y la importancia de dar completa libertad para que la naturaleza humana se expanda en innumerables, opuestas direcciones.” (en John Stuart Mill, Autobiografía, Alianza, Madrid, 2008, pág. 262).- Mill considera (en El sometimiento de la

Se trata de un derecho a favor de la persona a “desarrollar libre y plenamente su personalidad”. El titular de ese derecho es la persona. Y todas las otras personas tienen la obligación pasiva de respetar ese derecho. El gobierno tiene (a su vez) tanto el deber de respetar ese derecho como la obligación de hacer respetar ese derecho, protegiendo a su titular en el pleno goce y ejercicio del mismo o impidiendo todo acto u omisión que tenga por objeto o por resultado la pérdida o el menoscabo del mismo.

Se trata de un derecho. No es una obligación. Para la persona, el desarrollo libre y pleno de su personalidad incluye la elaboración y ejecución de sus planes de vida, el pleno goce de sus sentimientos, afectos, deseos, gustos, sin “injerencias arbitrarias en su vida privada” (DU 12) o “en cualquier otra esfera” (CEDISMU 1).

El derecho de toda persona a “desarrollar libre y plenamente su personalidad” NO es una atribución de competencias para que el gobierno imponga una concepción determinada de personalidad, o para que imponga una teoría o doctrina sobre la mujer (o también sobre el varón) o sus prácticas.

También el derecho de toda persona “a desarrollar libre y plenamente su personalidad”, impide que todo grupo social pretenda imponer o imponga una concepción determinada de personalidad, o una teoría o doctrina sobre la mujer (o también sobre el varón) o sus prácticas.

El problema no son los estereotipos (o los modelos), sino la imposición de modelos; o que haya estereotipos obligatorios; el problema es que no haya estereotipos voluntarios; o que no haya la posibilidad de criticar, discutir o postular nuevos o diferentes modelos.

El derecho de toda persona “a desarrollar libre y plenamente su personalidad” implica la existencia de modelos voluntarios (o de seguimiento voluntario) y además el derecho de la persona a criticar, discutir o postular nuevos o diferentes modelos de personalidad o de identidad.

Así lo expresa Cristina de Suecia: “Hace mucho tiempo que los soporto y no voy a tolerar más la violencia que pretenden ejercer contra mí. Todavía no han comprendido que yo quiero vivir esta vida mía, arriesgándome a los errores, a los malentendidos, a la desesperación y

mujer, de 1869) que “el principio que regula las actuales relaciones sociales entre los dos sexos, la subordinación legal de un sexo al otro, es injusto en sí mismo y es actualmente uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad; y que debe reemplazarse por un principio de perfecta igualdad, sin admitir ningún poder o privilegio para un sexo ni ninguna incapacidad para el otro.” (en John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill, Ensayos sobre la igualdad de los sexos, Machado Libros, Madrid, 2000).-

acaso incluso a la felicidad, pero con la conciencia de ser yo misma la responsable de mi destino.”⁷

El pleno goce y ejercicio del derecho “a desarrollar libre y plenamente su personalidad” requiere de la práctica de la libertad y de la igualdad, de la tolerancia y de la solidaridad, de la crítica a las tradiciones y costumbres, de la puesta en duda de lo naturalizado o normalizado, y del uso público de la razón.

Chimamanda Ngozi Adiche expresa: “Si hacemos algo una y otra vez, acaba siendo normal. Si vemos la misma cosa una y otra vez, acaba siendo normal... Si vemos a hombres presidiendo empresas, empezará a parecernos “natural” que solo haya hombres presidentes de empresas”.

Chimamanda agrega: “La población femenina del mundo es ligeramente mayor –un 52 por ciento de la población son mujeres-, y sin embargo la mayoría de los cargos de poder y prestigio están ocupados por hombres. La difunta premio Nobel keniana Wangari Maathai lo explicó muy bien y de forma muy concisa diciendo que, cuando más arriba llegas, menos mujeres hay.” Además, “un hombre y una mujer pueden estar haciendo el mismo trabajo con idéntica cualificación y el hombre cobra más por el hecho de ser hombre.”

Para Chimamanda “La persona más cualificada para ser líder ya no es la persona con más fuerza física. Es la más inteligente, la que tiene más conocimientos, la más creativa o la más innovadora. Y para estos atributos no hay hormonas. Una mujer puede ser igual de inteligente, innovadora y creativa que un hombre. Hemos evolucionado. En cambio, nuestras ideas sobre el género no han evolucionado mucho.”⁸

Aquí se impone la crítica a las tradiciones, a las costumbres y a la educación para crear condiciones (políticas, económicas, sociales o culturales en general) que hagan posible el pleno goce y ejercicio del derecho de la persona (y de todas las mujeres) “a desarrollar libre y plenamente su personalidad” sin distinción alguna de cualquier índole.

7 Según Darío Fo, en La reina Cristina de Suecia, Siruela, España, 2017, pág. 53.- También expresa (reivindicando su libertad, su igualdad): “Lo que discuto es el matrimonio tal como vosotros lo entendéis. Un campesino, cuando compra un terreno con el fin de sembrarlo y hacer que sea fértil, llega incluso a probar un terrón, a masticarlo y hasta a tragárselo. Por el olor y el sabor descubre el villano su valor. Luego, con el arado y la azada, vuelve tierna la tierra, la abona, la riega, la rocía con su propio sudor. Y cuando brotan las primeras flores y más tarde los frutos da gracias a Dios por tanta generosidad. Pues bien, en esta alegoría yo soy la tierra, y no me apetece ser zapada sin haber elegido y preferido a aquel que haya de agujerearme con su arado.” (ídem, págs. 51 y 52).-

8 Chimamanda Ngozi Adiche, Todos deberíamos ser feministas, Penguin Random, Buenos Aires, 2018, págs.. 19, 23 y 24.-

El gobierno (además de respetar y hacer respetar este derecho al desarrollo de la personalidad) debe adoptar “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”, que no se considerarán discriminatorias, ni entrañarán “el mantenimiento de normas desiguales o separadas” y que “cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.” (CEDISMU 4.1)

La mujer tiene el derecho a que el gobierno adopte medidas de acción positiva, medidas especiales, que tengan por objeto o por resultado la igualdad de facto, o de oportunidad y trato, con el varón.

Como mínimo son acciones positivas o medidas especiales que deben estar encaminadas a poner a todas las mujeres en condiciones de ejercer los derechos humanos, conforme están reconocidos en los principales documentos internacionales (tales como la DU, la DA, la CA, el PIDESYC o el PIDEYCYP).

Toda política de promoción de los derechos de la mujer para que realmente sea fructífera (o para que alcance el objetivo de que todas las mujeres gocen y ejerzan plenamente los derechos humanos) depende de la acción social (o de la actividad de las personas privadas o de sus uniones o asociaciones) más que de la acción del gobierno que, en general, tiende a la burocratización y a la limitación de los derechos para favorecer los intereses de la élite del poder.

II.2.- Y SOBRE EL USO DE NUEVAS TECNOLOGIAS.- El uso de nuevas tecnologías NO es una razón para suprimir o limitar los derechos de la persona que trabaja o de la persona en general.

Es un error considerar que las nuevas tecnologías son una razón, o una justificación, o que causan o requieren o llevan necesariamente en los hechos, a la supresión o limitación de los derechos económicos o sociales.

El problema no es la técnica (vieja o nueva) o la tecnología en sí misma. Los problemas (como la pérdida de puestos de trabajo, el incremento de la jornada de trabajo, la reducción de las remuneraciones, o el debilitamiento de la acción sindical) se dan por la forma en que se usa la tecnología. Hay un uso lesivo de la tecnología cuando la misma tiene por objeto o por resultado que la inmensa mayoría de los seres humanos vean reducidos sus derechos sociales o económicos en la producción o en la distribución de los bienes y servicios, a favor del aumento de los beneficios para una élite dominante, al mismo tiempo que se incrementa el daño ecológico o al medio ambiente.

La técnica (vieja o nueva), el desarrollo tecnológico, facilita la producción y distribución de más bienes y servicios con menor esfuerzo. Un uso racional (o razonable) de la tecnología facilita que los seres humanos trabajen menos y produzcan más bienes y servicios. El

desarrollo tecnológico es (sin lugar a dudas) un medio para liberar al ser humano del trabajo. Pero para ello hay que hacer un uso de la tecnología que beneficie a todos los seres humanos sin distinción alguna (DU, art.2).

La regulación del uso de la técnica puede ser objeto de la negociación colectiva o de los contratos colectivos.-

III.- PRINCIPIOS GENERALES.- Son los siguientes, a saber:

III.1.- Aseguramiento y progresividad.- El gobierno tiene dos finalidades esenciales. Los objetivos del gobierno son asegurar los derechos y coadyuvar al progreso de la persona. Sin el cumplimiento de estas obligaciones carece de todo sentido y deviene en puro despotismo.

El gobierno no es un poder neutral sino que tiene dos funciones básicas que justifican su creación y mantenimiento y que son asegurar los derechos personales y promover el progreso.

La primera función consiste en reconocer que la persona es acreedora de derechos inalienables e imprescriptibles, que le son esenciales y que la definen como tal, haciendo posible la vida social con un grado determinado de paz, igualdad y libertad que prima facie es aceptable. El reconocimiento estatal de los derechos a favor de la persona define un nivel de desarrollo, un grado de adelantamiento, desde el cual el gobierno no puede retroceder. El deber de asegurar los derechos humanos implica la prohibición de retrogradar el nivel alcanzado (cualquiera sea su grado o magnitud y fuente).

Pero, además, el gobierno tiene por función promover el progreso, que no es otra cosa que coadyuvar a la persona en su desenvolvimiento, en su perfeccionamiento en el sentido de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad. El gobierno debe procurar el avance de un nivel de desarrollo a otro superior, mejor y más próximo al ideal utópico de felicidad.

El gobierno tiene el deber de respetar y de hacer respetar los derechos de la persona. El principio del aseguramiento resume estas dos obligaciones estatales. El principio del aseguramiento establece la obligación del gobierno de no anular o no menoscabar (no suprimir ni limitar) a la persona en la titularidad de los derechos humanos, ni en el goce del bien objeto de esos derechos, y en la obligación del gobierno de proteger a la persona en la titularidad y goce de los derechos humanos (frente a las injurias actuales o posibles de otros).

Todo acto estatal de promoción, protección o fortalecimiento de los derechos, o de otras medidas adecuadas (bienes y servicios), a través de cualquier fuente normativa, establece un nivel de desarrollo o avance, que el principio asegura. El principio del aseguramiento impide el retroceso. El principio del aseguramiento es la prohibición de retroceder del nivel alcanzado que define (marca o señala) la fuente (o norma) que

mejores derechos reconoce a favor de la persona (cualquiera sea el nivel jerárquico de aquella norma dentro del orden jurídico).

El deber de asegurar el nivel de desarrollo, definido por los derechos humanos reconocidos y las medidas apropiadas, especiales o concretas adoptadas para garantizar el ejercicio pleno de aquéllos, queda completado con el principio de la progresividad, que establece la obligación de promover, proteger y fortalecer cada vez más el reconocimiento, la aplicación y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, en un mundo donde el desarrollo económico, social y cultural debe ser constante.

El principio de la progresividad establece la obligación del gobierno de promulgar mejores y mayores derechos a favor de la persona, y de facilitar que en los hechos la persona acceda al goce del bien objeto de los derechos humanos.

El aseguramiento y la progresividad son principios distintos al viejo y caduco principio protectorio (que otorga protección a cambio de obediencia). La palabra “progresividad” no es (ni puede ser) un nuevo nombre para el poco beneficioso principio protectorio de la doctrina laboralista estándar.⁹

El desarrollo social se piensa (y se establece en la doctrina política moderna) por niveles alcanzados, por grados logrados de adelantamiento o progreso social o individual. El gobierno debe asegurar los derechos humanos (principio del aseguramiento o prohibición de la regresividad). Así el gobierno no tiene atribuciones para retrogradar el nivel de desarrollo alcanzado cualquiera sea el mismo. Tiene prohibida la regresividad. El gobierno no tiene facultades para dañar, o para matar y empobrecer a la población. Además el gobierno debe, a partir del grado obtenido (cualquiera sea la fuente por medio de la cual se alcanza ese grado de desarrollo), coadyuvar al progreso social e individual (principio de la progresividad, o que

9 Kant (en *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Gredos, Madrid) dice: “A decir verdad, la humanidad podría subsistir si nadie contribuyese a la felicidad ajena con el propósito parejo de no sustraerle nada; pero esto supone únicamente una coincidencia negativa y no positiva con la humanidad como fin en sí mismo, si cada cual no se esfuerza también tanto como pueda por promover los fines ajenos. Pues los fines del sujeto que es fin en sí mismo tienen que ser también mis fines en la medida de lo posible, si aquella representación debe surtir en mí todo su efecto.” (pág. 76).- El principio protectorio de la doctrina iuslaboralista estándar es de tipo paternalista, es un instrumento de la dominación o del control social (junto a la política de paz social o de conciliación clasista). Ambas técnicas, en gran medida, operan como un reforzamiento del sistema de explotación. Nunca hay que perder de vista a los principios generales o constitucionales o de derecho de gentes, que establecen o determinan la política social que debe seguir el gobierno, y que también informan la doctrina de la interpretación y aplicación de los derechos humanos (y, en especial, de los derechos sociales).-

establece para el gobierno la obligación de procurar avanzar de un nivel de desarrollo a otro grado superior).¹⁰

III.2.- Orden social progresivo y regresivo.- Sobre la base de los deberes del gobierno, del principio de aseguramiento de los derechos y del principio de la progresividad social, se define la noción de orden social progresivo, que es el orden social donde el gobierno tiene prohibido retroceder desde cada nivel de desarrollo alcanzado (cualquiera sea su grado o valor absoluto), al mismo tiempo que debe procurar el avance.

El orden social progresivo es el orden social donde la persona se encuentra en un proceso continuo de adelantamiento material y moral. La sociedad perfecta, la utopía, no es un orden social estático, sino un orden social dinámico, en constante movimiento hacia adelante; se trata de un orden social progresivo; es un orden social donde no se retrocede, sino que, sólo y exclusivamente, se avanza, se perfecciona.

En términos normativos la sociedad perfecta es un orden social donde está prohibido retrogradar el nivel de desarrollo alcanzado y donde se debe promover el progreso social e individual, o favorecer la obtención constante de la felicidad.

El orden social regresivo es la organización social opuesta al orden social progresivo. En el orden social regresivo el gobierno, por acción o por omisión, por su decidida voluntad o por su imprudencia o negligencia, destruye o daña la vida o los bienes de los habitantes de la república, y donde, en definitiva, la persona se encuentra sometida a un proceso ininterrumpido de retroceso material y espiritual, de degeneramiento, de pérdida continua de su condición humana, que lo bestializa o lo animaliza.

III.3.- Órdenes jerárquicos y de prelación de las normas.- A partir del principio del aseguramiento (de la prohibición de retroceder) se deben definir las relaciones entre las normas tanto al momento de la creación (y de la interpretación) como al de la aplicación de cada una de ellas. Se trata de determinar el orden jerárquico y el orden de prelación de las normas según el principio del aseguramiento.

El orden jerárquico de las normas no ha sido pensado sobre la base del principio del aseguramiento de los derechos de la persona. El orden jerárquico (de la doctrina dominante) acepta la retrogradación, la regresión a partir de los niveles alcanzados (cualquiera sean ellos) o el descenso del grado de progreso o adelantamiento logrado en el sistema. Por ello se impone reelaborar un concepto (o una doctrina) del

10 Para el deber de asegurar (o prohibición de regresividad), el principio de progresividad, el orden social progresivo y el orden social regresivo, el orden jerárquico y el orden de prelación de las normas, ver de Javier Spaventa, Constitución y Trabajo, Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2008, párrafos 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4.- (en academia.edu).-

orden jerárquico de las normas a partir del principio del aseguramiento de los derechos. La idea es sencilla. Hay que hacer compatible al orden jerárquico de las normas con el deber estatal de asegurar los derechos de la persona.

Para ello es claro que no pueden regir las reglas de la ley superior, de la ley posterior ni de la ley especial, en el sentido que derogan a la inferior, a la anterior o a la general, sin atender a que mejoran o empeoran el nivel de aseguramiento de los derechos. Como impera la prohibición de retroceder, las reglas de la ley superior, de la ley posterior o de la ley especial no se imponen cuando implican un descenso en el grado de desarrollo alcanzado.

Entre normas del mismo nivel jerárquico, la norma general no deroga a la norma general, ni a la especial; ni la especial a la general o a otra especial. Por ejemplo, una ley de contrato de trabajo posterior (norma general) no deja sin efecto a la ley de contrato de trabajo anterior si establece peores derechos a favor del trabajador (lo mismo se concluye en las relaciones entre los estatutos profesionales o entre los convenios colectivos o entre los contratos individuales); la ley de contrato de trabajo (norma general) no deja sin efecto los mejores derechos contenidos en un estatuto profesional (norma especial); ni el estatuto profesional (norma especial) deroga a la ley de contrato de trabajo (norma general). Lo mismo sucede entre las normas de diferentes niveles jerárquicos: la ley superior y general, no deroga a la inferior general, ni a la inferior especial; la ley superior especial no deroga a la ley inferior general, ni a la ley inferior especial. Por ejemplo: la ley de contrato de trabajo (norma superior general) no deroga a un convenio colectivo ni al contrato individual (normas inferiores); el estatuto profesional (norma superior especial) no deroga al convenio colectivo ni al contrato individual (normas inferiores); el convenio colectivo (norma superior general) no deroga al contrato individual (norma inferior especial).

En términos generales resulta que el principio del aseguramiento limita a la derogación: no hay derogación cuando implica una modificación in peius de los derechos humanos, o cuando conlleva una reducción del grado de desarrollo logrado.

Es más: en atención a la progresividad, toda norma, ya sea general o especial, que es superior y posterior a otra y que mejora el grado de desarrollo, eleva de pleno derecho el nivel de aseguramiento de la persona establecido en las normas inferiores y anteriores.

Al igual que el orden jerárquico de las normas, el orden de prelación de las normas debe ser compatible con un orden social progresivo. Para ello el orden de prelación de las normas debe ser construido sobre la base del principio de la norma más favorable a la persona (que es una versión general del principio de la norma más favorable al trabajador) y que manda preferir la norma que mayores y mejores derechos reconoce a favor de la persona por sobre las otras

normas válidas. De esta forma se responde al deber de asegurar (se cumple con la prohibición de retroceder). Así siempre prevalece la norma que mayor protección o garantía brinda, y la prelación entre las normas es un orden de seguridad progresiva o ascendente.

A partir de los órdenes jerárquicos y de prelación de las normas, cuando son compatibles con el principio de aseguramiento de los derechos (con la prohibición de regresividad), se individualiza la norma que mayor protección brinda, norma que, en definitiva, define el nivel general de aseguramiento o desarrollo desde el cual queda prohibido retroceder tanto en la creación (e interpretación) como en la aplicación de las normas.

La creación (e interpretación) y aplicación del derecho se debe llevar a cabo para realizar “la aspiración más elevada del hombre” cual es “el advenimiento de un mundo en que los seres humanos” estén liberados del temor (o de la tiranía política) y de la miseria (o de la tiranía social y económica) y así disfruten del pleno goce y ejercicio de los derechos humanos y puedan desarrollar sus planes de vida (acorde al preámbulo de la DU, o a los considerandos del PIDESYC).¹¹

Hay un ideal, es el ideal del ser humano libre, porque está exento del temor y la miseria. Y para alcanzar, para avanzar hacia ese ideal, hacia ese reino de libertad, hay que crear, construir, edificar, elaborar, “la condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos sociales y políticos” (preámbulo de la CA).

En la DU, la Asamblea General proclama que a la Declaración Universal “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”

La DU es un “ideal común”. A partir de los principios o normas de la DU se puede construir un mundo ideal, una sociedad perfecta, una utopía, que opera como una idea reguladora, que inspira la conducta de las personas para promover, por medio de la enseñanza y la educación el reconocimiento, el cumplimiento y la aplicación de los derechos humanos.¹²

11 Me ocupo de estas cuestiones en Interpretación y Aplicación del derecho laboral, Buenos Aires, 2020. (en academia.edu).-

12 Sobre el uso regulador de las ideas ver Kant, Crítica de la razón pura, Dialéctica trascendental, Apéndice a la Dialéctica trascendental: El uso regulador de las ideas de la razón pura.-

Así la DU aparece como un nivel mínimo de derechos que se debe asegurar y como un ideal normativo que se debe alcanzar, y que como tal guía o regula a la creación, a la interpretación y aplicación del derecho (y, en el caso, del derecho laboral) para avanzar hacia el bienestar general y, en definitiva, la liberación del temor y de la miseria.

III.4.- Doctrina política moderna.- La república democrática es la forma de gobierno que corresponde a los derechos humanos. Para que haya una constitución deben estar garantizados los derechos humanos (del hombre y del ciudadano, conforme a los principios de 1789) y debe haber separación de los poderes (conforme lo establece el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa). Esta es la doctrina política moderna que no hay que perder de vista, la de la república democrática.

Los derechos humanos no son de origen o fuente gubernamental o estatal. Son anteriores y superiores al gobierno. Son un límite al gobierno. No son derechos gubernamentales. Son derechos independientes del gobierno. Los derechos humanos operan como un límite al derecho de constituir un gobierno o al derecho de contratar una constitución; o sea: son un límite al poder constituyente.

La doctrina de los derechos humanos es una reafirmación del individualismo, en cuanto doctrina que, como mínimo, entiende que la sociedad es un grupo de individuos.

El gobierno, en el mejor de los casos, no es más que un mal necesario. El gobierno es, prima facie, ilegal o ilegítimo y sólo adquiere legitimidad en la medida que cumple con el régimen de los derechos humanos. No hay la más mínima presunción de legitimidad de los actos de gobierno. En esta concepción el gobierno es sólo un medio para el aseguramiento de los derechos y el progreso de la persona, y nunca un fin en sí mismo.¹³

13 La persona es un fin en sí mismo. Kant dice: "Yo sostengo lo siguiente: el hombre y en general todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin." (en Fundamentación para una metafísica de las costumbres, Gredos, Madrid, pág. 74, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo).- El hombre es un fin en sí mismo. El reino de los fines es un reino de hombres o de personas libres, autónomas, o sometidas a su "propia" y "universal legislación". Dice Kant: "El concepto de cada ser racional que ha de estar considerado como legislando universalmente a través de todas las máximas de su voluntad, para enjuiciarse a sí mismo y a sus acciones desde ese punto de vista, conduce a un concepto inherente al mismo y muy fructífero: el de un reino de los fines. Entiendo por reino la conjunción sistemática de distintos seres racionales gracias a leyes comunes." (pág. 79). Marx (en El Capital, Tº III, FCE, México, 1987, pág. 759) expresa: "el reino de la libertad sólo empieza allí donde termina el trabajo impuesto por la necesidad y por la coacción de los fines externos; queda,

Una regla básica de comprensión del gobierno, desde la doctrina democrática y su régimen de derechos humanos, es presumir su ilegitimidad. Para comprender el actuar del gobierno, el ejercicio del poder público, hay que presuponer que, prima facie, es ilegítimo.

A partir de este punto de vista básico es que se debe comenzar toda interpretación de cualquier actuación gubernamental que se exprese en la ley, en el decreto (o reglamento o instrucción), en la sentencia o en el acto administrativo.

Lo primero que hay que hacer es poner en duda la legitimidad del gobierno y recordar las condiciones para que su actuar sea aceptable para la doctrina democrática y los derechos humanos.

De esta manera se ejercita una crítica al actuar gubernamental: se lo evalúa desde la doctrina de la república democrática y se abre la posibilidad cierta para la interpretación y aplicación de los textos en la forma más favorable al trabajador.

En la lucha contra la pobreza, contra la explotación, no hay que perder de vista una concepción liberal, no hay que abandonar al liberalismo, que, sin lugar a dudas, aporta un límite adecuado a la arbitrariedad del gobierno y a la maldad particular. Una concepción liberal mínima estaría integrada por los principios que en adelante sólo enuncio. Primero: una doctrina contractual del gobierno. El gobierno es una creación popular. El gobierno está creado por el pueblo. El gobierno queda establecido en un pacto popular, en la constitución, que, vale aclarar, no es una ley gubernamental sino popular. Segundo: hay derechos personales y sociales (derechos humanos) de origen popular, no gubernamental, que son anteriores a la creación del gobierno, que están expuestos en la constitución y son un límite al actuar arbitrario y explotador. Tercero: el pueblo tiene derecho de resistir a la tiranía (a la supresión de los derechos humanos) o a la opresión (a la limitación de los derechos humanos). Cuarto: el imperio de los derechos humanos es incompatible con el concepto de la política como una lucha o una guerra. Quinto: el imperio de los derechos humanos implica un gobierno democrático, representativo y republicano (o con división de poderes). Sexto: el imperio de los derechos humanos es incompatible con el capitalismo.

Una política popular no necesariamente es una política estatista o intervencionista. Ampliar las facultades discrecionales del gobierno

pues, conforme a la naturaleza de la cosa, más allá de la órbita de la verdadera producción material.” Y agrega: “Al otro lado de las fronteras (del reino de la necesidad) comienza el despliegue de las fuerzas humanas que se considera como fin en sí, el verdadero reino de la libertad, que sin embargo sólo puede florecer tomando como base aquel reino de la necesidad. La condición fundamental para ello es la reducción de la jornada de trabajo.” (o sea: del derecho laboral en un sentido progresista y no como técnica de la dominación burocrática o legal operativa a la acumulación capitalista).-

no necesariamente tiene por consecuencia una mejora de las clases postergadas. Los intereses del gobierno (o del estado como gustan decir los absolutistas) no necesariamente son los intereses de las clases explotadas. Es más que notoria la existencia de intereses contrapuestos o en conflicto entre los gobiernos (que son uniones de personas con sus claras y definidas necesidades) y los obreros o pobres en general. El gobierno tiene un costo cuyos beneficiarios directos (empleados, funcionarios o proveedores) lo defienden en contra de quienes (consciente o inconscientemente) lo solventan. No hay que ocultar los intereses contrapuestos entre el gobierno (los administradores y los guardianes), los patrones y los obreros o empleados. Una concepción antiestatista y favorable a la persona que trabaja (que es compatible con la democracia o el imperio de los derechos del hombre) en definitiva inspira la elaboración de este resumen que aquí presento.

Hay que rescatar el punto de vista del ciudadano y del habitante (y para el caso aquí en estudio, de la persona que trabaja), que desde su posición emprende la interpretación del texto legal para sostener sus derechos ante el estado y el poderoso. No busca la organización del poder. No tiene en mira como problema la administración del gobierno. No se trata de un partidario del orden. Requiere de soluciones y las reclama. Desde este punto de vista el problema a resolver es identificar la mayor cantidad de los mejores derechos a favor de la persona contra los atropellos del gobierno y de los poderosos para que impere el máximo grado de libertad y de igualdad. Debemos asumir como un deber moral insoslayable el pensar y el actuar a favor del débil, del trabajador, o a favor del pobre (en general).

Claro está que por medio del derecho del trabajo y de la seguridad social es imposible acabar con la pobreza en el mundo tanto como finalizar con la explotación del hombre por el hombre. El derecho laboral puede ser un instrumento entre muchos otros; puede ser así una condición necesaria; pero no es una condición suficiente. Algunas de las condiciones para suprimir la pobreza son que, en gran medida, los pobres asuman el gobierno; que el gobierno sea democrático y muy limitado en sus atribuciones; que el gobierno sea muy eficiente y honrado; que el gobierno ejecute una política de distribución de medios de producción; y que se produzcan muchos bienes y servicios. No es posible eliminar la pobreza repartiendo dinero a los pobres. Los gobiernos que reparten dinero a los pobres no suprimen la pobreza sino que la fomentan; mantienen a la persona en una situación que facilita su control, su manejo y, en definitiva, su explotación o aprovechamiento.

III.5.- El estado de sitio.- El imperio de los derechos humanos y la república democrática es incompatible con el estado de sitio, o de excepción o de emergencia, o, en definitiva, con la dictadura. El estado de sitio no es una magistratura de la república democrática.

El estado de sitio (o la dictadura) no es una razón para suprimir o limitar los derechos sociales o los derechos de la persona que trabaja.

Siempre es oportuno señalar que cualquiera de esas magistraturas o formas de gobernar son contrarias a la república, a la democracia y, en definitiva, al imperio de los derechos humanos.¹⁴

En el PIDEYCYP (art. 4) y en la CA (art. 27) hay una marcada tendencia a limitar el estado de sitio. Es insuficiente pero muestra una dirección acorde con la vigencia de los derechos humanos que, a todas luces, no pueden quedar a merced de la voluntad discrecional de los gobernantes.¹⁵ El art. 4 del PIDEYCYP y el art. 27 de la CA no imponen limitaciones a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la DU de Naciones Unidas.

Hay una relación estrecha entre la promoción de políticas regresivas de los derechos humanos (y sociales en especial) y la acción política como el ejercicio de facultades discrecionales por parte del gobierno. La aceptación de políticas regresivas lleva a la dictadura. Es claro que si eliminamos al régimen de los derechos humanos como un límite a la acción política del gobierno (una idea básica del liberalismo político), entonces queda sólo un gobierno con facultades discrecionales o con todas aquellas atribuciones que estime necesarias para alcanzar los fines que se ha propuesto.

Así la política se piensa como la acción y el efecto de valorar el mérito, la conveniencia o la oportunidad de la medida a adoptar por quien posee facultades discrecionales para ello fuera de todo límite moral o jurídico y de toda revisión judicial. Ni siquiera se limitan las facultades discrecionales con el principio de razonabilidad. No hay tampoco racionalidad (ni calculabilidad) en el sentido expuesto por Max Weber. Para esta concepción los seres humanos estamos a merced de la voluntad del gobernante quien puede concedernos su graciosa amistad o sumirnos en la miseria.

Ante esta doctrina sólo cabe reafirmar el pleno imperio de los derechos humanos; de las libertades públicas y civiles como un límite ante el gobierno y el poderoso; y de la constitución como un contrato social escrito donde se crea un gobierno para asegurar los derechos de la persona y coadyuvar a su progreso individual y social.

III.6.- Poder popular y discusión sobre la propiedad.- En el derecho social (o en el derecho del trabajo y de la seguridad social) se

14 Carlos Sánchez Viamonte fue un categórico opositor y crítico al estado de sitio y señaló su incompatibilidad con una constitución republicana o democrática. Ver su estudio Estado de Sitio, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tº X, Buenos Aires, 1959.-

15 Aquí recuerdo que en la Constitución de Weimar (de 1919) la suspensión provisional de los derechos fundamentales no alcanzaba a los derechos sociales que no estaban enumerados en el art. 48 donde se establecían las facultades dictatoriales del presidente del Reich: ver La Constitución de Weimar, Tecnos, Madrid, 2010, con comentarios de Costantino Mortati (de 1946), Walter Jellinek (de 1930) y de Ottmar Bühler (de 1929).-

deben retomar las discusiones sobre la propiedad de los medios de producción. Desde hace muchísimos años esta cuestión ha quedado desatendida.¹⁶

Ante las permanentes políticas gubernamentales de distribución de dinero (que, en el mejor de los casos, son paliativos insuficientes) cabe analizar la reforma del régimen de propiedad para que, como mínimo, se incremente la participación de los trabajadores en el producto o ingreso nacional a través del dominio de los medios de producción.

Sobre las nacionalizaciones, estatizaciones o expropiaciones, cabe observar que el mero paso del sector privado al sector público de una empresa NO resulta beneficioso para los trabajadores de la misma, para los consumidores y los habitantes en general. En general, las nacionalizaciones, las estatizaciones o expropiaciones sólo benefician a la élite del poder (vieja o nueva) y perjudican (o empobrecen) a las mayorías populares.

Parece cada vez más claro que sin un control obrero o popular la empresa nacionalizada responde a intereses ajenos u opuestos a los de los trabajadores y de los consumidores y no se transforma en un medio que ayuda al desarrollo autónomo y sostenido.

Aquí se impone avanzar en que cualquier nacionalización requiere de la participación directa de los trabajadores de la empresa en cuestión, de modo tal que pasen a ser accionistas de la compañía. Este accionariado obrero debe ser intransferible e inmutable. Por intransferible entiendo que las acciones obreras sólo pueden ser transferidas entre los obreros de la compañía pero nunca compradas por la misma empresa ni por otros patronos. Por inmutable considero que el porcentaje de participación en el capital social no puede ser modificado, de modo tal que cualquier ampliación del mismo debe contemplar que a los trabajadores le corresponde la misma proporción de incremento.

Toda participación en el capital social o en las ganancias de la empresa, debe ir acompañada con el control de la producción y la colaboración en la dirección por parte de los trabajadores.

No hay progresismo si no hay una crítica a la propiedad privada de los medios de producción y al régimen del asalariado. Esto es básico. No hay progresismo cuando las políticas son sólo acciones morigeradoras o atenuantes de la explotación y no en su lisa y llana abolición.

16 Cuando en el derecho americano ya la plantearon muchos de los principales grupos de la revolución mexicana (ver mi estudio sobre La Revolución Mexicana y la lucha por la libertad y la igualdad, Buenos Aires, 2017, en academia.edu) y desde sudamérica Alfredo Lorenzo Palacios, El nuevo derecho (de 1920).-

La mejora permanente (o continua) de las clases postergadas de la sociedad para que gocen de buena alimentación, vestimenta, alojamiento, salud, educación y de los beneficios de la libertad, requiere de un importante desarrollo económico, entendiéndose por éste el incremento de la producción de bienes y servicios.

La mejora continua de la situación de los trabajadores y de los pobres en general se encuentra necesariamente vinculada al modelo de producción (que conlleva, a su vez, un modelo de distribución del ingreso).

Hay que recuperar y retomar la discusión sobre qué bienes producir; con quién producirlos; cómo financiar la producción y cómo repartir el excedente. No son debates novedosos ni son ajenos a nuestro tiempo. Se trata de determinar fines (objetivos prioritarios) y de evaluar los medios adecuados para alcanzarlos.

De no hacerlo así, cualquier gobierno (en el mejor de los casos) seguirá inexorablemente ejecutando, de diferentes maneras, políticas paliativas o distribuciones de dinero que siempre resultan insuficientes. La eliminación de la pobreza no se consigue con la distribución de dinero (con políticas de subsidios o con planes sociales más o menos universales) sino con la producción de bienes y servicios encaminada a la satisfacción de las necesidades vitales (de subsistencia y desarrollo).

La elaboración de un modelo de desarrollo económico que tienda a la creación de bienes y servicios suficientes para incluir en los beneficios de la sociedad moderna a millones de personas debe contemplar el costo ambiental. El desarrollo económico tiene el límite que le impone el medio ambiente (la naturaleza) de modo tal que no cualquier modelo de producción puede resultar viable. Así parece que hoy (a diferencia de hace cien años atrás) el modelo de desarrollo económico debe atender no sólo a la fuente de energía que le da sustento a las máquinas sino, además, a la cantidad de desechos o basura que produce.¹⁷

Se trata de cuestiones que no son menores, que son objeto de grandes debates y sobre las que hay que fijar ciertas posiciones (técnicas y compatibles con el imperio de los derechos humanos) en aras a la inclusión de millones de seres humanos en los beneficios de la civilización moderna.

III.7.- El concepto de trabajo y su crítica.- Resulta inaceptable que todavía se siga insistiendo en que el trabajo humano humaniza o dignifica a la persona. La idea del trabajo como un proceso de humanización de la persona no puede seguir siendo una parte integrante del derecho del trabajo. El hombre no se dignifica a través de los sufrimientos que le producen sus labores. Estos padecimientos no son el

17 Ver de Edward Goldsmith, Robert Allen, Michael Allaby, John Davoll y Sam Lawrence, Manifiesto para la supervivencia, Alianza, Madrid, 1972.-

rescate que debe el hombre a Dios por el pecado original. No son un buen sufrimiento. No debemos olvidar que en la puerta de los campos de concentración los nazis habían colocado un cartel donde señalaban (a los prisioneros que ingresaban) que el trabajo los hace libres (arbeit mach frei). La concepción de la dignificación de la persona a través del trabajo tiene por triste consecuencia a ese siniestro y falso mensaje y a los campos de trabajo forzado o de concentración.

El trabajo en relación de dependencia –del que se ocupa el derecho laboral- no hace libre a la persona. Hay que abandonar una concepción sacrificial del trabajo por otra que recupere el hedonismo, el placer del ocio creativo, de la labor liberadora. Ni el trabajo ni el descanso son deberes. En el derecho del trabajo se impone afirmar que tanto el trabajo como el descanso son derechos de la persona, que la persona tiene el derecho de trabajar y de no trabajar, de descansar y de no descansar.

El trabajo no humaniza a la persona. El trabajo necesario para vivir, el trabajo obligatorio, el trabajo dependiente, no tiene esas características que le adjudican los patronales. Hay que abandonar la moral de las patronales. Es que no es verdad que los sufrimientos o las fatigas que ocasiona el trabajo sean el rescate que debemos abonar a Dios por el pecado original. Trabajar no es un castigo que tenga su razón de ser en el pecado original o en la naturaleza pecadora del hombre.

Hay que terminar con esta concepción represiva del trabajo. Trabajar no es un deber. Descansar no es un deber, no es una obligación del obrero. Si el obrero no descansa no incumple con ninguna obligación y por supuesto no debe ser sancionado. Hay que terminar con la doctrina que impone sanciones al obrero porque no descansa o porque trabaja horas extraordinarias. El salario no tiene límites superiores por arriba de los cuales deja de ser justo y el obrero no tiene derecho a percibir nada. El salario justo no es la compensación debida al obrero frugal. No es cierto que el obrero deba ser frugal o que el salario sólo deba mantener con vida al obrero o facilitar su reproducción. Debemos desmontar toda esta concepción sobre la cual se ha fundado el derecho laboral. El consenso es grande. Es el poder de las patronales.

Se trata de abolir el trabajo que se cumple por necesidad para dar lugar a la libre ocupación de la persona humana. No debemos perder de vista este postulado básico de cualquier política reformista o de cambio social.

III.8.- La persona que trabaja.- Los derechos económicos, los derechos sociales, los derechos del trabajo y de la seguridad social, se reconocen a favor de la persona. No son derechos exclusivos del

trabajador dependiente. Son derechos del trabajador dependiente y del trabajador independiente. Son derechos de la persona que trabaja.¹⁸

Se trata de asegurar los derechos de la persona que trabaja. Se trata de coadyuvar al progreso de la persona que trabaja. Cuando aludo al trabajador, me refiero a la persona que trabaja, ya lo haga en forma dependiente como independiente.

Se trata de proteger al trabajo en todas sus formas, lo que (como mínimo) incluye tanto al trabajo dependiente o subordinado como al trabajo independiente o autónomo. No cabe duda alguna al respecto.

En el derecho internacional, el titular de los llamados derechos humanos es la persona y no (exclusiva o excluyentemente) el obrero industrial o el trabajador dependiente. Veamos algunos ejemplos.

En los documentos internacionales más conocidos e importantes (tanto del ámbito regional americano como del universal) los derechos se reconocen a favor de toda persona o de todo ser humano. Así se establece (sin lugar a dudas) en la DA, en la DU, en el PIDESYC o en la CA y en su PROSAL.

Al reconocerse los derechos que se enumeran o se señalan en la DA, DU, PIDESYC o en la CA, a favor de todo ser humano, o a favor de toda persona, es claro que los derechos sociales o laborales se establecen tanto a favor del trabajador subordinado o dependiente como a favor del trabajador autónomo o independiente.

Entre estos derechos, los documentos internacionales reconocen el derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de labor, a igual salario por trabajo igual o a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor sin distinciones de ninguna especie o sin discriminación alguna; o un salario que proporcione condiciones de existencia dignas a la persona y su familia, al descanso y al disfrute del tiempo libre, a la limitación razonable de las horas de trabajo, a las vacaciones periódicas, a la carrera profesional, a la seguridad e higiene en el trabajo, a la libertad de asociación y de agremiación o sindicalización, a la huelga, y a la seguridad social o al seguro social contra la desocupación, la vejez o la incapacidad; todo ello según se dispone en los arts. XIV, XV, XVI y XXII DA, arts. 20, 22, 23, 24 y 25 DU, arts. 6, 7, 8, 9, 11 PIDESYC.

Este reconocimiento general (universal o a favor de todos) queda muy reforzado (o asegurado) a su vez, con el principio de igualdad y la prohibición de discriminar, conforme se establecen en el

18 Me ocupo de estas cuestiones en Derechos Humanos, Contrato de Trabajo, Locación de Servicios y Protección al Trabajo, Buenos Aires, 2019.- Y también en La Protección al trabajo en sus diversas formas, Buenos Aires, 2019.- Ambos en academia.edu.-

preámbulo y el art. II DA; arts. 1, 2 y 7 DU; arts. 1, 24 CA; art. 2.1 PIDESYC.

El pleno goce y ejercicio de los derechos sociales o laborales (como es el caso de todos los derechos humanos) se reconoce a favor de la persona en plena igualdad y sin hacer distinciones por motivos prohibidos tales como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Así la posición económica o la condición social (en cuyo ámbito está incluida la subordinación laboral y el trabajo autónomo) no es un motivo para justificar la distinción en el reconocimiento, como en el pleno goce y ejercicio, de los derechos del trabajo, cuyo titular es tanto el trabajador autónomo como el trabajador dependiente, el ocupado o el desocupado.

El gobierno debe brindar las protecciones debidas al prestador del trabajo en cualquiera de sus diversas formas. De modo tal que, más allá que sea un contrato de trabajo o una locación de servicios, es claro que el prestador de las labores es acreedor a los derechos que se reconocen en el derecho internacional a favor de la persona que trabaja.

Esta cuestión central, básica, suprema o constitucional no se soluciona, no se decide, considerando que la relación es una relación laboral (o un contrato de trabajo, o una relación de dependencia laboral) o una relación civil (o una locación de servicios). ¿Por qué? Porque el prestador de servicios (la persona que trabaja) tiene derecho a un régimen de protección (o de aseguramiento) integrado por las mejores normas (o las normas más favorables) que se deben elegir o acumular de las normas que concurren a regular las tareas (ya sean estas normas de derecho común, o civil, o de derecho especial, o laboral).

Se trata de determinar los valores monetarios de los derechos que se deben asegurar para lo cual y sobre la base del principio de igualdad y de la prohibición de discriminar, se deben tomar las mejores normas (o las normas más favorables) de la legislación civil, o de la legislación laboral, o se debe configurar una mejor norma con la acumulación de los mejores derechos reconocidos en normas de la legislación civil y laboral.

Es que se trata de proteger a la parte más débil de la relación jurídica, del contrato. Es que se trata de proteger al trabajo en todas sus formas o de asegurar al trabajador sus derechos o, para expresarlo en términos de la doctrina civilista sobre la lesión subjetiva y que resulta absolutamente coincidente con los principios de la justicia social, se trata de equilibrar las contraprestaciones para hacer cesar una notoria desproporción causada por el aprovechamiento que ejecuta la parte más fuerte de la relación jurídica, del estado de necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de la parte más débil.

La cuestión social (la cuestión de la persona que trabaja) nos atañe a todos nosotros en la medida que la mayoría de los seres humanos trabajan, o en la medida que la especie humana se sostiene con el trabajo de muchos de sus integrantes.

No debemos perder de vista esta perspectiva, me refiero a la de la actividad de trabajar como un medio para satisfacer las necesidades vitales (de subsistencia y de desarrollo) de cada uno de los integrantes de la especie humana. Es un punto de partida básico, fundamental, que no se pierde en distinciones conceptuales irrelevantes sino que se dirige directamente al problema jurídico central que versa sobre la producción y distribución del poder y la riqueza.

IV.- LA LIBERTAD DE ASOCIACION.-

IV.1.- La libertad de asociación.- La DA establece que la "persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden" (art. 22). El fin de la unión debe ser legítimo.

La DU reconoce que "Toda persona tiene derecho de libertad de reunión y de asociación pacíficas" (art. 20.1). En el mismo sentido la Convención Internacional Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Racial establece el derecho a la libertad de asociación pacífica (art. 5, d, ix). Entonces podemos considerar que el derecho es a asociarse con fines pacíficos.

El derecho es a asociarse con fines legítimos y pacíficos. Veamos estas características.

La legitimidad de los fines de una asociación queda definida básicamente por la conformidad de los mismos con los derechos reconocidos en el derecho internacional.

No reconoce el derecho de asociarse con fines ilegítimos o lesivos a los derechos humanos.

Esta limitación al derecho de asociarse tiene una primera justificación en los objetivos expresados en el preámbulo de la DU.

De no aceptarse esa limitación queda lesionado el reconocimiento de derechos realizado en el derecho internacional a favor de todos los habitantes, que, a su vez, está confirmado por el principio de igualdad y la prohibición de discriminar.

El fin de la asociación debe ser pacífico o, en otros términos, debe proveer a que las relaciones entre las personas sean conforme a los derechos humanos, de modo que quede excluido todo acto de violencia moral o física.

Es posible sostener que el derecho internacional reconoce el derecho de asociarse con fines no pacíficos, porque establece el derecho de resistencia. Así el hombre, no estando los derechos humanos protegidos "por un régimen de Derecho", se ve "compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión" (tercer considerando de la DU), en asociación o unión con otros. Pero que la DU reconozca el derecho de resistencia a la opresión no implica (prima facie) que su ejercicio deba ser violento ni que esta forma de llevarlo a cabo esté autorizada por la carta.

Se reconoce la libertad de asociación a favor de todas las personas. De modo que se excluye cualquier distinción entre ellos que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento del derecho. Y ésto, a su vez, encuentra fundamento en el principio de igualdad y la prohibición de discriminar.

Cuando en el derecho internacional se reconoce el derecho de asociarse significa que las personas pueden o bien unir en los hechos sus acciones para obtener un fin, o crear una asociación que, en otros términos, es pactar las normas que deben regular la actividad común a desarrollar. Con las palabras "estatuto" o "estatuto social" en general se alude a esas normas. Asimismo el derecho de asociarse significa la facultad de ingresar a una asociación o de aceptar un estatuto elaborado por otros. Además el derecho de asociarse implica poder modificar el estatuto por cualquier motivo.

En la medida que se trata de un derecho, las personas tienen también la facultad de no asociarse. De modo que pueden no crear una asociación o renunciar a la que integran. Por ello muchas veces se dice que el derecho es a la libertad de asociación o que se trata de un derecho a la asociación libre. La CA expresa, en forma muy parecida a la Declaración Americana, que "Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole" (art. 16.1); y en el mismo sentido el PIDESYC reconoce que "Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras" (art. 22.1). Estas normas, a su vez, confirman la DU cuando expresa que "Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación" (art. 20.1).

En definitiva cuando se establece el derecho de asociarse significa que todas las personas tienen el derecho a unir en los hechos sus acciones, a crear una asociación o a integrar una ya formada, con fines legítimos y pacíficos, a no unir en los hechos sus acciones, a renunciar a la que pertenecen, a no crear una asociación o a no ingresar a una. Y de la misma manera, decir que todas las personas tienen el derecho de asociarse significa que el gobierno, está obligado como mínimo a no lesionar el goce y el ejercicio del mismo. Entonces el gobierno no puede suprimir ni limitar el derecho de asociarse, de crear o disolver una asociación, de ingresar o renunciar a una unión existente, u obligar a los habitantes a que integren una asociación; ni tampoco puede el gobierno anular o menoscabar los intereses elegidos por las personas para

promover, ejercer o proteger a través de la unión y que son intereses "de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden" (art. XXII, DA).

Cabe indagar si el derecho internacional prescribe cuáles son las normas que deben regular la actividad común a desarrollar o, en otras palabras, si establece el contenido del estatuto de la asociación. La cuestión es muy importante y puede ser planteada de otras formas, por ejemplo: cuando el derecho internacional ordena que los fines de la asociación deben ser legítimos y pacíficos, ¿se refiere sólo a las relaciones de los asociados con otras personas no integrantes de la unión o alude también a las relaciones de los miembros de la asociación?; ¿el derecho internacional al reconocer el derecho de asociarse acepta que las personas pueden pactar relaciones entre ellos que menoscaben o anulen los derechos por el mismo reconocidos?; ¿el derecho a asociarse implica que son renunciables los derechos reconocidos en el derecho internacional?; ¿son renunciables todos los derechos o sólo algunos?; ¿cuál es la libertad que acepta el derecho internacional al reconocer a favor de la persona el derecho de asociarse?; ¿el derecho internacional acepta la existencia de estatutos sociales que, sin perjuicio de establecer fines lícitos y pacíficos para la unión, ordenen relaciones entre sus miembros que son diferentes a las prescritas por el mismo?; esas relaciones ¿cuán diferentes pueden ser?; ¿qué pueden hacer o qué tienen prohibido las personas cuando el derecho internacional reconoce el derecho de asociarse?

En la medida que el derecho internacional ordena que los fines de la asociación deben ser legítimos y pacíficos, dispone un contenido mínimo para el estatuto. Este contenido mínimo limita al derecho de asociarse y a la libertad de contratar de los habitantes ya que no pueden pactar fines ilícitos o no pacíficos o violentos. En principio ello es así para las relaciones de los miembros de la asociación con otros habitantes no integrantes de la misma. El derecho de asociarse no faculta a las personas para unirse, en forma más o menos permanente, para lesionar o limitar los derechos de otras personas. Pero la cuestión es si las personas pueden unirse, sin menoscabar o perjudicar los derechos de personas ajenas a la asociación, para establecer relaciones diferentes a las que prescribe el derecho internacional y que, al mismo tiempo, agravan a los derechos reconocidos en el mismo.

Cuando el derecho internacional establece que los fines de la asociación deben ser pacíficos también se refiere a las relaciones de los miembros de la unión, de modo tal que las personas no pueden unirse, o no pueden pactar estatutos, que permitan acciones violentas o no pacíficas entre ellas.

La DU ordena que los seres humanos "deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (art. 1º); la CA establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" (art. 1º); el preámbulo del PIDESYC considera "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 y de sus derechos iguales e inalienables"; y ésto mismo expresa el preámbulo del PIDECYP.-

Entonces las personas no pueden unirse para realizar acciones violentas entre ellos ni para menoscabar o perjudicar los derechos de personas ajenas a la asociación. Pero sigue pendiente de respuesta la cuestión de si las personas, al unirse o asociarse, pueden pactar relaciones diferentes a las que prescribe el derecho internacional y que, al mismo tiempo, las suprimen o limiten en forma pacífica o no violenta. Por ejemplo: ¿acepta el derecho internacional que las personas pacten en el estatuto que la asociación tendrá autoridades, no representantes de los asociados, y que las mismas serán elegidas por algunos miembros?; ¿está permitido crear una asociación con una forma de gobierno monárquica?; ¿las personas tienen derecho a crear una asociación donde la libertad de pensamiento y de opinión o expresión o de información esté restringida a algunos miembros?; ¿o donde los asociados tengan prohibido trabajar, o comerciar, o transitar libremente, o de usar y disponer de su propiedad, o asociarse con fines útiles?; ¿en un estatuto se pueden establecer sanciones?; en su caso, ¿qué tipo de sanciones?; ¿puede ser una sanción la prohibición de enseñar o de publicar ideas como miembro de la asociación?; ¿puede ser una sanción el arresto o confinamiento del asociado?; ¿el derecho internacional permite que el estatuto establezca un tribunal para decidir las disputas entre los asociados en forma inapelable ante los poderes del gobierno?; en su caso, ¿debe ese tribunal ajustar su actuación a las garantías de la defensa en juicio reconocidas en el derecho internacional o puede seguir un procedimiento lesivo de esos derechos?

Mi respuesta es la siguiente: si bien el derecho internacional reconoce la más amplia libertad de asociación de modo que las personas puedan pactar en el estatuto las relaciones que les plazcan siempre que, como dije, no tengan por finalidad perjudicar los derechos de terceros ni el ejercicio de acciones violentas entre ellos, al mismo tiempo los asociados, o la asociación, no tienen derecho de petionar a los poderes del gobierno (o, más precisamente, al poder judicial o a los tribunales) que ordene el ejercicio de la fuerza pública para que alguno de aquéllos (asociados, socios, afiliados, adherentes o integrantes) cumpla con acciones que sean lesivas a los derechos reconocidos en el derecho internacional. Así ningún estatuto social que prescriba, sólo para las relaciones entre los asociados, derechos y obligaciones que menoscaban o anulan los derechos humanos dispuestos en el derecho internacional, es vinculante para el poder judicial, so pena de llevar al incumplimiento de sus obligaciones internacional al gobierno. Y por ello las personas tienen derecho de petionar al Poder Judicial la liberación de cualquier obligación estatutaria que hayan contraído y que resulte lesiva de los derechos reconocidos en el derecho internacional.

El derecho de asociación implica el de crear, integrar, renunciar o disolver partidos políticos o uniones de personas que tengan por objeto la participación en elecciones para acceder a cargos o funciones públicas.

La DA reconoce a favor de la persona "el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden..., sindical" (art. 22). La DU establece que "Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses" (art. 23.4). Y en los mismos términos está expresado este derecho en el art. 22.1 del PIDEYC. La Convención Sobre La Eliminación De La Discriminación Racial reconoce "El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse" (art. 5, e, ii). El PIDESYC dispone "El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales" (art. 8, 1, a).

Nótese que el derecho se reconoce a favor de toda persona. De modo que no se trata de un derecho sólo y exclusivamente a favor de la persona que trabaja, sea un trabajador dependiente o un trabajador autónomo. Cualquier persona puede fundar un sindicato, sea o no un trabajador y, además, si es un trabajador, entonces con prescindencia de si está ocupado o desocupado o jubilado.

El PIDESYC reconoce "El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas" (art. 8, 1, b). Entonces el gobierno debe aceptar la actividad de organizaciones sindicales internacionales.

El PIDESYC dispone 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 garantías" (art. 8.3). El PIDEYC en el art. 22.3 dispone lo mismo y casi en igual texto.

Así el Convenio N° 87 de la OIT es norma de derecho internacional, para asegurar derechos mínimos o para favorecer o coadyuvar al adelantamiento, y NO para suprimir o limitar los mejores derechos ya reconocidos.

El sindicato, en cuanto es una unión de hecho o una asociación, debe perseguir fines legítimos y pacíficos, entonces no puede tener por objeto perjudicar derechos reconocidos en el derecho internacional ni realizar acciones violentas entre sus afiliados. Estos fines constituyen un contenido mínimo del estatuto social del sindicato en cuanto es una asociación de derecho. Pero este contenido mínimo debe también establecer que la forma de gobierno del sindicato sea democrática. Entonces las relaciones entre los miembros de un sindicato de

trabajadores deben estar reguladas por normas similares a las dispuestas en el derecho internacional para la forma del gobierno (como por ejemplo en el art. 21 de la DU, o en el art. 23 de la CA). Estos derechos se reconocen a favor de la persona, lo que incluye a las mujeres, que así tienen en el gobierno de los sindicatos los mismos derechos que los varones.

Que las mujeres en los hechos no gocen o ejerzan plenamente sus derechos sindicales hace responsable al gobierno por no respetar o no hacer respetar esos derechos o no adoptar las medidas necesarias para que las mujeres se encuentren en condiciones que hagan posible la ejecución voluntaria de aquellos derechos.

IV.2.- Crítica al unicato sindical y al corporativismo.- Cuando el derecho internacional reconoce la libertad de asociación o el derecho a formar o integrar sindicatos, está prohibiendo al gobierno que suprima o limite el derecho de las personas a crear, integrar, renunciar o disolver gremios. De esta manera queda claramente prohibido que el gobierno sancione una legislación que establezca el unicato sindical o el sindicato único por actividad o profesión. La libertad sindical no es otra cosa que un aspecto o un tipo de la libertad de asociación.

Una concepción corporativista defiende un gobierno con magistraturas corporativas o con poderes donde estén representadas las corporaciones. Una política corporativista consiste en organizar la sociedad incorporando las asociaciones al gobierno. La actividad gubernamental está integrada por acciones encaminadas a la elaboración de políticas (o de planes de acción política o de planes de gobierno); por acciones que consisten en la elección de algunos de los planes elaborados o en la toma de la decisión política; y por acciones de ejecución del plan político o de la decisión adoptada. Una política corporativista hace participar a las corporaciones en alguna o todas las actividades gubernamentales, de modo tal que las corporaciones pueden actuar tanto para la elaboración de los planes, como para la elección de alguno de ellos, como para la ejecución de la decisión adoptada.¹⁹

Hay diferentes formas de incorporar las asociaciones al estado. De modo tal que existen distintas políticas corporativistas. Todas ellas se piensan a partir de la existencia del capitalismo y, según sus defensores, constituyen medios adecuados para dominar las crisis económicas (o los desajustes entre la oferta y la demanda de bienes y servicios periódicos en una economía de mercado) y eliminar o morigerar la lucha de las clases obrera y burguesa. La política corporativa propone crear asociaciones interclasistas (ej: la empresa) o agrupar a las clasistas en órganos públicos interclasistas (ej: consejo económico social).²⁰ Las

19 La elaboración de políticas muchas veces se denomina "diálogo social". La elección del plan de acción se suele llamar la "concertación social" o "pacto social". Las corporaciones se piensan como los órganos sociales, las fuerzas vivas, o los actores sociales.-

20 La noción de empresa es una típica idea corporativa. Para la ideología corporativista, el lugar de trabajo, la fábrica o el taller, se piensa como una

políticas corporativistas se extienden desde propuestas completamente antidemocráticas y opuestas al liberalismo político y a los derechos humanos hasta posiciones más compatibles con la democracia y las libertades públicas (aunque siempre limitativas de éstas).

Las propuestas corporativistas completamente antidemocráticas entienden que la democracia no sólo es un sistema incapaz de prevenir y resolver los conflictos del capitalismo, sino que, además, los favorece dado que a ellos suma la lucha política. Entonces la política corporativista consistirá en una incorporación de las asociaciones que sustituya la forma de gobierno democrática y su sistema de representación. Así el congreso o parlamento será formado por representantes de las fuerzas vivas de la nación, de los sectores o actores sociales, y constituirá una especie de consejo de notables, no una asamblea popular, que puede acompañar a un monarca o a un dictador carismático y de aspecto guerrero. A su vez este consejo puede tener atribuciones meramente consultivas o poseer capacidad para adoptar decisiones políticas.

Mientras que las propuestas corporativistas un poco más compatibles con la democracia consideran que esta forma de gobierno no es suficiente para resolver los conflictos del capitalismo y que, por ende, requiere ser completada con un sistema de representación social. Se habla, entonces, de adoptar una democracia "social", "participativa", "integrada" o "funcional", de modo tal que la voluntad del estado no esté sólo formada por los representantes del pueblo, elegidos por el voto libre, secreto y directo del ciudadano, sino, además, por los mandatarios de las corporaciones sindicales, patronales y de profesionales. Para ello se crea un consejo económico social, generalmente con facultades consultivas, o se integra alguna de las cámaras del congreso con mandatarios sectoriales.²¹

"comunidad", o sea como una empresa o unión de factores ideales y materiales encaminados al logro de un fin común. De esta forma se piensa (o se intenta hacer creer) que la concertación social comienza en el taller o, mejor dicho, en la empresa, que se presenta como un sucedáneo de los gremios medievales, y a partir de allí la concertación social se extiende a los diferentes sectores de la producción hasta constituir la paz social, el gran acuerdo nacional o la reconciliación definitiva de las clases sociales. No es casual que una de las primeras nociones legales de empresa sea la dispuesta en el art. 2082 del Código Civil italiano de 1942, sancionado durante el gobierno fascista y en plena segunda guerra mundial.-

21 En general, después de la segunda guerra mundial y de la derrota del fascismo, las propuestas corporativas o neocorporativas se acompañan con expresiones favorables a la democracia, aunque consistan en claras limitaciones de ella. En efecto, si se quiere incrementar la democracia nunca hay que crear nuevas dependencias estatales ni élites de dirigentes corporativos que se interpongan entre el habitante y el estado, limitando la capacidad de aquél en su participación directa en los procedimientos políticos, sino que hay que aumentar los tipos de cargos electivos, reducir el período de los mandatos, introducir la representación con mandato y revocable, o adoptar formas semidirectas o directas.-

De este modo el corporativismo incorpora a las asociaciones al proceso de la formación y adopción de las políticas estatales. Pero para que las mismas alcancen los resultados esperados o deseados, el corporativismo requiere que las asociaciones también participen en la ejecución de la propuesta concertada. Entonces delega funciones públicas, estatales, en las corporaciones. Así éstas adquieren, entre otras, facultades jurisdiccionales; atribuciones para el cobro de impuestos o contribuciones previsionales; y poderes para el control disciplinario de los profesionales o para la inspección de las condiciones de labor. Y para asegurar todo el sistema, el estado crea o reconoce las corporaciones con carácter monopólico para el ejercicio de sus funciones sociales (producción, educación, entretenimiento, representación y defensa de los derechos e intereses comunes a los miembros del sector social) y públicas o estatales.

En la medida que las asociaciones o corporaciones tienen funciones públicas o estatales se sostiene que poseen un "carácter público" o un "carácter público-privado", que son personas de "derecho público" o "agentes auxiliares del estado". La democracia pasa a ser una democracia social (la palabra "social" se utiliza para indicar que se trata de una democracia plena, real o que no es una democracia liberal pero en realidad lo único que significa es que en la democracia social se anulan o menoscaban las libertades públicas y se adoptan procedimientos corporativos). El derecho que regula las relaciones de los integrantes de las corporaciones y de éstas entre sí y con el estado se denomina "derecho social". Es más, dentro de esta concepción todo pasa a ser "social" o a tener una "función social". La propiedad no es privada ni colectiva u obrera, sino que es propiedad con función social; el derecho laboral es derecho social, algo intermedio entre lo público y lo privado; el voto o el trabajo no son derechos, sino "derechos-deberes"; el convenio colectivo de trabajo consiste en una especie de ley con forma de contrato o en un contrato con efectos de ley; el abogado no es un defensor, sino un "auxiliar de la justicia"; el médico es un funcionario social y el artista un "trabajador de la cultura" con "compromiso social". Así el ciudadano, que como individuo no existe en la medida que no pertenece a una corporación, pasa a ser un funcionario. De este modo el corporativismo reduce el ámbito de lo privado y restringe el individualismo.

Toda concepción corporativista es limitativa de la libertad de asociación, de la libertad sindical y de la república democrática, conforme tienen sustento en el derecho internacional. El corporativismo es absolutamente incompatible con la libertad de asociación, la libertad sindical y la república democrática. En otra forma: la libertad de asociación excluye absolutamente a cualquier tipo de corporativismo o neocorporativismo.

Con sustento en la doctrina política moderna y los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, he formulado ya una

fuerte crítica al unicato sindical y la corporativismo, de la que en adelante expongo un breve resumen.²²

El unicato sindical es un atentado contra la libertad de asociación o contra la prohibición del gobierno de suprimir o limitar el derecho de los trabajadores a crear, integrar, renunciar o disolver sindicatos.

El corporativismo, como mínimo, limita la libertad de asociación. El corporativismo reduce el individualismo, el ámbito de lo privado, a la autonomía de la persona que queda incorporada compulsivamente a una asociación pública. De esta forma se reduce la elaboración o elección de planes de vida de la persona humana.

El unicato sindical se acompaña con una organización interna antidemocrática, jerarquizada, manejada por una élite oligárquica que transforma la actividad gremial en una actividad comercial o empresaria para su propio lucro.

El sindicato único es una agencia pública o semipública (o paraestatal). No se puede suponer (por definición) que la política gubernamental (o estatal, que elabora, decide o ejecuta el sindicato único en cuanto agencia pública o semipública) coincide con los intereses de los trabajadores. La posible divergencia entre los intereses o derechos de los ciudadanos (en este caso de los trabajadores) y el gobierno (del que forma parte el sindicato único como agencia pública o semipública), amerita que los obreros gocen de la libertad de asociación para crear sus propios gremios en defensa de sus bienes.

Como no se puede suponer que la política gubernamental se identifica con los intereses de los trabajadores, ni siquiera en el caso de un gobierno obrero, entonces también ante un gobierno obrero se impone el reconocimiento y pleno goce y ejercicio de la libertad de asociación para que los trabajadores que están en desacuerdo con las políticas estatales tengan un medio de unión para la defensa y promoción de sus intereses y derechos.

La libertad de asociación implica también el derecho del gremio a su independencia del gobierno, o a la independencia política del gobierno o a que el gobierno no interfiera en la actividad del sindicato para procurar su pronunciamiento a favor de la política estatal o de los gobernantes.

La libertad sindical no implica necesariamente la fragmentación de la clase obrera ni su debilitamiento. No es cierto que el régimen de libertad sindical sea (por definición) más débil que el régimen del

22 Me ocupo de estas cuestiones en Constitución y Trabajo (párrafo 6.10), en Apuntes sobre derechos sociales (párrafo 6.24) y en los ensayos Sobre el convenio colectivo aplicable (párrafo 2.5), Discusión sobre el convenio colectivo aplicable (párrafos 3 y 4), La Ley Rocco y el unicato sindical en la Argentina.- Todos en academia.edu.-

unicato gremial, donde los derechos de los trabajadores quedan sometidos a la política del gobierno y las patronales por medio del manejo de los sindicatos.

El modelo de unicato sindical implica un tipo de acción sindical que consiste en la gestión de los recursos humanos. El sindicato único opera para el mantenimiento, manejo y reproducción de la clase obrera dentro del capitalismo.

En general el modelo de unicato sindical se acompaña con la prohibición de la huelga, o con su no reconocimiento, o con una política restrictiva del reclamo obrero. El unicato sindical (o el corporativismo) es un instrumento para la dominación de la clase obrera: limita su actividad de lucha al encauzar sus reclamos por la vía legal (administrativa o judicial), al mismo tiempo que regula la oportunidad y el monto de sus demandas de bienes y servicios.

El modelo de unicato sindical aleja a la persona de la actividad del gobierno: es que crea una clase de dirigentes profesionales con dedicación exclusiva, que son quienes elaboran, deciden y ejecutan las políticas públicas o semipúblicas sectoriales (junto a sus asesores) y con la prescindencia de los reales trabajadores.

El modelo de unicato sindical y el corporativismo al imponer sistemas de representación política de tipo funcional o sectorial, suprimen o limitan el régimen democrático, la soberanía popular, el derecho de elegir y ser elegido, la regla de la mayoría, la representación proporcional, el principio de una persona humana un voto, y, en definitiva, controvierten la tendencia al incremento de la democracia y al imperio de una democracia directa.

No es cierto que el corporativismo reduzca el intervencionismo estatal al promover la autonomía colectiva. Es exactamente al revés: el corporativismo amplía el intervencionismo estatal al transformar las asociaciones en órganos de la administración del estado.

IV.3.- Los representantes gremiales.- Un representante gremial es toda persona que por mandato expreso o tácito ejerce la defensa de los intereses o derechos individuales o colectivos de los trabajadores o de un grupo de ellos. La gestión sindical es el ejercicio de este mandato, que puede ser cumplido por una persona individual, en general un trabajador en actividad denominado "delegado", o por un gremio.

La noción de representante gremial supone el derecho de los trabajadores a participar de un proceso eleccionario; a que se presenten varios candidatos, se difundan sus propuestas y a que se vote.

El representante gremial no debe necesariamente ser afiliado a un gremio. El derecho internacional no limita en ese sentido el derecho de los trabajadores, como tampoco lo restringe de manera que sólo puedan elegir a un compañero de labores. Y ello sin perjuicio que se considere

que dichas alternativas sean las más adecuadas para la defensa de los intereses y derechos de los obreros o de la persona que trabaja.

Para el desarrollo de su gestión el representante gremial debe tener acceso a los lugares de trabajo, poder recibir en forma personal las inquietudes, preocupaciones, deseos u órdenes de sus mandantes, presentar peticiones ante el estado y las patronales y rendir cuentas de sus diligencias.

El derecho internacional establece a cargo del gobierno la obligación de facilitar el cumplimiento de la gestión sindical o de remover los obstáculos que imposibiliten su ejecución. Esta obligación pesa sobre los tres poderes del gobierno.²³ Los patronos tienen la obligación de no interferir en la elección del representante gremial, de reconocerlo como mandatario de los obreros y de no suprimir o limitar su gestión. El reconocimiento del representante gremial implica el deber de recibirlo, de escuchar sus peticiones y de resolverlas en forma favorable o desfavorable.

La estabilidad en el empleo (y la reinstalación en su puesto de trabajo) es un derecho básico del representante de los trabajadores (o de la persona que trabaja), que opera además como una garantía necesaria para el ejercicio de su comisión. No hay posibilidades para el pleno goce y ejercicio de la representación gremial sin estabilidad en el empleo y reinstalación en el puesto de trabajo, como derechos del comisionado sindical.

V.- LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.-

V.1.- El dogma de la autonomía de la voluntad.- El principio de la autonomía de la voluntad equivale a la libertad contractual que consiste en el derecho a celebrar contratos, a no celebrar contratos y a pactar las cláusulas de los contratos. El principio de la autonomía de la voluntad también se entiende como sólo el derecho a pactar las cláusulas de los contratos. Las personas tienen derecho a celebrar contratos (o a abstenerse de hacerlo) y a pactar las convenciones a las que se someten. Así tienen la facultad (a través de un contrato) de calificar a las acciones como obligatorias, prohibidas o permitidas en lo que a los contratantes o sus representados respecta. La libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad son derechos fundamentales de la persona que se integran o complementan plenamente con la soberanía popular y la doctrina política moderna

23 Por ejemplo, el delegado requiere de una relación o contacto directo con sus compañeros de trabajo. Para garantizarlo se puede limitar la facultad patronal de disponer su traslado a otras secciones o establecimiento de la empresa con el fin de separarlo o alejarlo de sus electores. Pero esto último lo puede lograr la patronal trasladando a los electores y aislando al representante. Así, entonces, cuando el derecho internacional reconoce el goce de garantías necesarias, para el caso en análisis alude a la permanencia del delegado y de sus mandantes en sus respectivos puestos de trabajo, como un medio adecuado para mantener el contacto directo entre ellos.-

(liberal y democrática). Por medio de la libertad contractual la persona tiene la capacidad de regular las conductas y, en este sentido, es un límite al poder normativo (a la autoridad) del gobierno. El contrato es una fuente de derecho y así la persona es una autoridad normativa al igual que el magistrado o el agente público.

La libertad contractual es norma de derecho internacional. Esto quiere decir que la persona que es acreedora de una obligación contractual (o que tiene su origen en un contrato o que se ha establecido o pactado en un contrato) tiene derecho de pedir el auxilio del gobierno para que fuerce al deudor a su cumplimiento. Claro está que si consideramos a la libertad contractual como un derecho fundamental de la persona que está reconocido en la constitución nacional o en el derecho internacional, entonces se trata de un derecho popular (o de un derecho no gubernamental) y en este sentido la fuerza obligatoria del contrato proviene de esas normas superiores.

El dogma de la autonomía de la voluntad consiste en afirmar que la fuerza obligatoria del contrato (o del derecho del acreedor a pedir el auxilio del gobierno ante el incumplimiento de su deudor contractual) tiene sustento en la misma celebración del contrato, en el pacto en sí mismo o en el compromiso asumido por los contrayentes y, en principio, con excepción del contenido del acuerdo o de las convenciones que hayan establecido. *Pacta sunt servanda, semper*. Los contratos deben ser cumplidos siempre.

Dentro de esta concepción (la dogmática o absolutista de la autonomía de la voluntad) se hace predominar o prevalecer la celebración del pacto por sobre el contenido del mismo, a los fines de otorgarle fuerza obligatoria. Las obligaciones establecidas en el contrato deben ser cumplidas (y ante el incumplimiento el acreedor tiene derecho a recurrir al gobierno para forzar a su deudor) porque básicamente han sido pactadas entre personas con discernimiento, intención y libertad, o sea entre personas inteligentes (o entendidas o con razón), que poseen el propósito (el deseo o la voluntad) de convenir y que así obran en ausencia de coacción o fuerza física o moral.

Para los partidarios de esta doctrina del dogma de la autonomía de la voluntad poco importa lo que los contrayentes hayan convenido en el contrato mientras que al celebrarlo hayan obrado con discernimiento, intención y libertad. Se trata de una doctrina que, a todas luces, no tiene sustento jurídico serio ni siquiera en la legislación civil, en el derecho común, se atendemos a la lesión subjetiva, a la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, o a la teoría de la imprevisión).

La doctrina del dogma de la autonomía de la voluntad, bajo la apariencia de hacer respetar los contratos o de favorecer la libertad contractual (en cuanto promesas o palabras empeñadas cuyo cumplimiento facilita la vida social o la vida de los hombres y mujeres

en sociedad o en conjunto), oculta el predominio del fuerte sobre el débil, del poderoso sobre el carente de habilidades, del rico sobre el pobre, y así tapa el aprovechamiento o la explotación (que se da en muchos convenios) de una de las partes contrayentes sobre la otra.²⁴

Hay dos límites básicos (o de carácter constitucional) a la libertad contractual (o al principio de la autonomía de la voluntad).

El deber de aseguramiento (o la prohibición de regresividad) de los niveles de desarrollo alcanzados, impone un límite a la libertad contractual colectiva (o al derecho a celebrar convenios colectivos).

En un orden social progresivo se prohíbe el retroceso y se manda el avance; se impide el empobrecimiento y se coadyuva al desarrollo en un proceso continuo de progreso o de más libertad, más igualdad y más solidaridad.

En el mismo sentido es claro que la libertad contractual tiene un límite categórico cuando en el derecho internacional se prohíbe la acción de dañar, prohibición que se encuentra en armonía con la obligación de asegurar derechos (o no regresividad) que reconoce el sistema de derechos humanos internacional.

V.2.- Y la autonomía colectiva (o libertad contractual colectiva).- En el art. 4 del COIT 98 se dispone que “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.”

Así se reconoce el derecho a la libertad contractual colectiva. Se trata de un derecho para el avance, para el progreso o el adelantamiento de las condiciones de trabajo y NO para el retroceso, para la retrogradación o la regresividad.

No hay libertad contractual colectiva para suprimir o limitar mejores derechos ya obtenidos. Los convenios colectivos celebrados in peius de los derechos de los trabajadores, carecen de fuerza obligatoria jurídica o moral por violar el deber de aseguramiento (o la prohibición de regresividad).

El art. 4 del COIT 98 da sustento a la libertad de contratación colectiva o a la autonomía de la voluntad colectiva pero de ninguna manera justifica que su ejercicio sea in peius de los derechos de los trabajadores.

24 Es ilustrativo ver de Alfredo Lorenzo Palacios, El Nuevo Derecho (de 1920) y, en especial contra el dogma de la autonomía de la voluntad, los capítulos I, II y III.-

No es norma de derecho internacional que la libertad contractual colectiva o que el derecho para celebrar convenios colectivos de trabajo sea para reducir las condiciones de labor. La norma de derecho internacional es exactamente la opuesta: prohíbe la regresividad (manda asegurar las condiciones de trabajo) y ordena la progresividad.

Los instrumentos de la OIT resultan coincidentes con el sistema internacional de derechos humanos. Sobre la base de la Constitución de la OIT sólo se puede afirmar la prohibición de la regresividad y el deber de la progresividad.

Así es claro que se trata de asegurar derechos y que si se constituyó la OIT fue para la protección de los derechos del trabajador y no para la supresión o limitación de los niveles o grados de desarrollo alcanzados en las condiciones de trabajo.

Al respecto no puede caber la menor duda. Adviértase la Declaración de Filadelfia de 1944 sobre los fines y objetivos de la OIT.

En su art. 1.b se reconoce expresamente el progreso constante: “la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante”. En su art. 1.c claramente se dispone el deber de progresar: “la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado”. Hay que “luchar contra la necesidad”, hay que liberarse de la necesidad y así avanzar hacia la humanidad, hacia el reino de la libertad.

En su art. 2.a, 2.b y 2.c claramente se reconocen la prohibición de regresividad y el deber de progresividad y sólo en este sentido se dispone que “a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; b) el logro de las condiciones que permiten llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional; c) cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental.”

Así se trata de favorecer y no entorpecer el logro del objetivo fundamental de obtener las condiciones que faciliten a todos los seres humanos perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en libertad e igualdad.

Todo ello de acuerdo al preámbulo de la DU cuando da cuenta que “se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencia”.

Menos de trescientos años antes Spinoza escribe que “el estado político, por su propia naturaleza, se instaure para quitar el miedo general y para alejar las comunes miserias”²⁵. De no ser así ¿para qué queremos al gobierno? ¿Cuál es su utilidad? O ¿qué beneficio nos brinda? ¿Acaso está para nuestro daño? De ser así recordemos con Leibniz que “El hombre no debe ser obstáculo para el hombre en las cosas necesarias, de lo contrario le ampara el derecho de guerra.”²⁶

La libertad contractual colectiva o la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad colectiva, sin atender a si el contrato pactado viene a asegurar y a mejorar el nivel de adelantamiento alcanzado o lo retrograda, se inspira en las doctrinas políticas conservadoras (que, en definitiva, favorecen los intereses de los poderosos por sobre los derechos de los débiles).

El dogma de la autonomía de la voluntad o de la autonomía colectiva, se asienta en el principio del intercambio voluntario: “El hallazgo clave –dicen Milton y Rose Friedman- de Adam Smith consistió en afirmar que todo intercambio voluntario genera beneficios para las dos partes y que, mientras la cooperación sea estrictamente voluntaria, ningún intercambio se llevará a cabo, a menos que ambas partes obtengan con ello un beneficio.”²⁷

El principio de intercambio voluntario se encuentra también en Hobbes cuando expresa que “Cada vez que un hombre transfiere su derecho, o renuncia a él, es o por consideración de algún derecho que le es recíprocamente transferido, o por algún otro bien que espera obtener de ello, porque es un acto voluntario, y el objeto de los actos voluntarios de todo hombre es algún bien para sí mismo.”²⁸

El principio del intercambio voluntario es una idea que subyace como cimiento de la libertad contractual. Esta no sólo se puede fundar en el respeto a la palabra dada o empeñada o en la debida confianza o previsión que requiere la vida en sociedad (o lisa y llanamente la vida humana) si además no se acompaña, entre otras, con la creencia de que el intercambio voluntario resulta beneficioso para quienes lo llevan a cabo.

El principio del intercambio voluntario es objeto de dos críticas que, por comunes, no deben ser desatendidas.

25 Spinoza, Tratado Político, capítulo III, párrafo 6.-

26 Leibniz, Anotaciones Críticas, 1670 – 1671.-

27 Ver Milton y Rose Friedman, Libertad de elegir, Ed. Orbis, 1983, Introducción o pág. 16. Ver de Adam Smith, Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, Libro cuarto: De los sistemas de economía política, Capítulo segundo: De las restricciones impuestas a la introducción de aquellas mercancías extranjeras que se pueden producir en el país.- La misma idea se encuentra en La teoría de los sentimientos morales (de 1759), parte IV, capítulo 1.-

28 Hobbes, Leviatán, Primera Parte, capítulo XIV.-

La primera crítica consiste en señalar que el intercambio no es voluntario o que la voluntariedad (o libertad) que se le exige o supone se encuentra seriamente mermada como para aceptar los términos del acuerdo y sí en cambio justificar su revisión. Es que sucede que la voluntad o libertad de por los menos alguna de las partes y en ciertos negocios, se encuentra seriamente limitada por la necesidad, la inexperiencia o ligereza. No diría que así sucede en todo intercambio. No niego la existencia de intercambios voluntarios ni que se pueda pensar idealmente en intercambios voluntarios. Pero sí es claro que en ciertos intercambios algunas de las partes (que en ellos intervienen) padecen de restricciones a la libertad o voluntad. De aquí que se haya considerado justo intervenir en ese tipo de contratos para aumentar la libertad del más necesitado o inexperto con el claro objeto de equilibrar su posición ante la otra parte del negocio.

Se trata de un problema de poder. El necesitado adolece de poder porque carece o goza de pocos bienes para su sustento o intercambio. Podrá tener capacidad jurídica para celebrar el negocio pero no posee la habilidad suficiente para alcanzar no ya un estado de cosas razonable o ajustado a un ideal de justicia sino el bien que se propone obtener con el acuerdo.

La segunda crítica consiste en mostrar que no es cierto que ambas partes salen beneficiadas por lo menos en el sentido que las utilidades obtenidas guarden cierta equivalencia o proporción equilibrada (aunque no por cierto igualitaria). Es que en algunos intercambios (como el que se da entre el patrón y el obrero) una de las partes (la empleadora) obtiene una mayor cantidad de beneficios que la otra (la dependiente). En el intercambio de trabajo el empleador logra en relación con el trabajador una desproporcionada cantidad de bienes que con los sucesivos intercambios lo enriquece mientras que a éste la empobrece.

Para Locke “cuando un hombre acapara para sí todo lo que puede, está quitando de otro lo que añade a su propio acervo, y no es posible que nadie se haga rico como no sea a expensas de otra persona.”²⁹ Y el acaparamiento, el aprovechamiento o la explotación son acciones que deben ser condenadas y que justifican la ejecución de políticas preventivas para eliminar su producción y de políticas correctivas (redistributivas de las habilidades o de los bienes en general) del estado de cosas que causa el haberlas llevado a cabo. Es que como sostiene Leibniz: “no hay nadie que apruebe que el lucro se haya de obtener a partir del daño ajeno.”³⁰

No es cierto que la agremiación o unión de los trabajadores equilibra sus fuerzas de negociación con el poder de las patronales. No hay tal equilibrio o equiparación, de manera que no sean pertinentes

29 Locke, La Ley de la Naturaleza (1664), capítulo VIII: ¿Es el interés propio de cada hombre la base de la ley de la naturaleza?

30 Leibniz, Elementos del Derecho Natural, 1670 – 1671.-

las críticas comunes al principio de intercambio voluntario o a la libertad contractual. Las críticas que se han formulado a la autonomía de la voluntad (o a su dogma) son aplicables o extensibles a la autonomía colectiva (o al derecho a celebrar convenios colectivos de trabajo).

En general, el sindicato opera a favor de los intereses de las patronales, como parte del mismo orden o integrado al régimen político y social.

No hay que facilitar la proliferación de medios para la supresión o limitación de los derechos de los trabajadores sino por el contrario lo que debemos hacer es fomentar una multiplicidad de instrumentos para la mejora de la vida obrera. Por ello es que en materia de libertad contractual colectiva no hay que incurrir en el dogma de la autonomía de la voluntad y, al igual que en el derecho común, hay que afirmar la fuerza obligatoria de los acuerdos en otras razones y no sólo en el hecho de su celebración. Es que sostener la validez de un convenio colectivo sólo en la autonomía de la voluntad es poner a disposición de los grandes empleadores un instrumento hábil para el menoscabo de las condiciones de labor.

Bajo ningún aspecto debemos facilitar la celebración de los llamados vulgarmente “convenios a la baja” si de lo que se trata es de cumplir en serio (o cabalmente) con el mandato de asegurar los derechos. Es que debemos construir para ello múltiples protecciones. Pensar que la protección del obrero se obtiene con el gremio es un error o un engaño que está a la vista. De aquí que a la actuación gremial haya que complementarla con un derecho y una doctrina jurídica (política y moral) que fije las condiciones de su validez en altos estándares de aseguramiento y con un poder judicial dispuesto a ejercer su revisión ante el menor o más mínimo incumplimiento. Se trata de imponer no ya el principio protectorio (que en su versión clásica integraba una doctrina política autoritaria: era eminentemente paternalista y a cambio de su dación exigía obediencia) sino una doctrina de protecciones múltiples.

V.3.- Los convenios colectivos.- El convenio colectivo de trabajo es una fuente de derecho que (en principio) regula el trabajo en sus diversas formas.

No hay razón alguna para limitar al convenio colectivo a la regulación de las condiciones de trabajo o de empleo. Tampoco hay razones para limitar el concepto de condiciones de trabajo o de empleo a las formas o modalidades de prestación de los servicios (días, horas, salario, higiene del lugar).

Hay que superar una concepción iuslaboralista del convenio colectivo, o la doctrina que considera que el convenio colectivo sólo puede tener por objeto un acuerdo sobre las condiciones o modalidades de labor o empleo (tales como los días y horas de trabajo, los descansos y vacaciones, y las categorías o escalafones y los salarios).

Hay que pensar también al convenio colectivo como una técnica jurídica para regular la producción, la distribución y el consumo de los bienes y servicios. Por medio del convenio colectivo se puede establecer qué se produce, cómo se produce y para quién se produce, contemplando la sustentabilidad del medio ambiente.

Ello así (como mínimo) por el objeto o los fines que se reconocen a las asociaciones (o a los sindicatos) en el derecho internacional.

Por el principio de aseguramiento y el principio de progresividad, la jerarquía y la prelación entre las fuentes que regulan el trabajo es un orden de seguridad progresiva o ascendente, de modo tal que siempre prevalece la fuente que mayor protección o garantía brinda al trabajador.

El derecho internacional no permite que una ley interna (de un estado o gobierno), o sus instrucciones o reglamentos, venga a menoscabar o anular los mejores derechos ya asegurados en un convenio colectivo de trabajo.

De la misma manera un convenio colectivo no puede suprimir o restringir los mejores derechos ya garantizados en un convenio colectivo anterior. De no ser así quedaría incumplido el mandato de asegurar los derechos de la persona que trabaja y se permitiría un sistema de desprotección, un orden descendente de derechos. Y por la misma razón, si bien un contrato de trabajo puede mejorar los derechos establecidos en un convenio colectivo de trabajo, éste no puede desconocer o limitar los mejores derechos dispuestos en aquél.

A través de los convenios colectivos de trabajo sólo se pueden mejorar los derechos ya asegurados en cualquier otra fuente inferior a la constitución, como son las leyes y sus instrucciones o reglamentos, y los contratos individuales de trabajo.

La posibilidad de llevar a cabo la promoción (o mejora o adelantamiento) de las condiciones de trabajo a través de los convenios colectivos, está reconocida por el derecho internacional.

Se trata así de un derecho a favor de las asociaciones (y de los gremios).

El derecho de los gremios a concertar convenios colectivos de trabajo, tiene por correlato la obligación del gobierno federal de no interferir en el goce y ejercicio del mismo, de aceptar que constituye una fuente de derecho reguladora del trabajo en todas sus formas y de reconocer su jerarquía, conforme al orden que acabamos de exponer. Además, en virtud del principio de la progresividad, el gobierno federal tiene el deber de promover el goce y ejercicio de este derecho. Aunque ello no significa que pueda obligar a los patronos a celebrar un convenio colectivo, sí debe citarlos a estos efectos, prestando su mediación en el negocio.

Por su parte los patronos tienen la obligación de reconocer la capacidad del sindicato para concertar convenios colectivos. Los patronos tienen el deber de cumplir con las estipulaciones reguladoras del trabajo pactadas en un convenio colectivo. La fuente de esta obligación es el derecho internacional que reconoce el derecho a concertar convenios colectivos.

El convenio colectivo beneficia a todos los trabajadores del patrón que lo celebra y estén o no afiliados al sindicato con el que se pactó. Si bien el sindicato representa sólo a sus afiliados, la mejora de los derechos que a través del convenio se obtienen, debe alcanzar a todos los empleados del patrón, toda vez que de no ser así, quedaría lesionado el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminar, al no conceder a unos lo que se otorga a otros en iguales circunstancias o en las mismas condiciones de trabajo que, a su vez, deben ser satisfactorias.

De modo tal que el efecto erga omnes del convenio colectivo, en cuanto extensión del mismo a todos los trabajadores del patrón que lo celebró, tiene a mi entender sustento en el principio de igualdad (y en la prohibición de discriminación) y, en consecuencia, no está vinculado necesariamente al sistema de sindicato sindical, ni al corporativismo (o al neocorporativismo) ni a la doctrina que sostiene que el convenio colectivo es una especie de ley estatal sancionada por organizaciones obreras y patronales, integrantes o auxiliares del estado en una sociedad industrial o moderna.

En principio, el convenio colectivo obliga sólo al empleador o a los patronos que lo hayan suscripto o que con posterioridad a su celebración se hayan adherido. Sin embargo, cabe indagar si el derecho internacional establece que el convenio colectivo también obliga a los patronos que no lo celebraron o, en otros términos, si acepta el efecto erga omnes en cuanto extensión del convenio a empleadores que no lo suscribieron.

Este efecto del convenio podría estar justificado en el principio de igualdad ante la ley y en la prohibición de discriminar, en el deber de asegurar que las condiciones de labor sean satisfactorias, en el principio de igual salario por igual tarea, y en el principio de progresividad social e individual. Se extiende el convenio colectivo a otros patronos (diferentes a quienes lo suscribieron) como una política de adelantamiento, de avance, de mejora general de las condiciones de labor, en procura de una mayor libertad e igualdad.

La relación del convenio colectivo con las otras fuentes de derecho -o su ubicación en el orden jerárquico de las normas- indica su contenido mínimo. El convenio colectivo no puede menoscabar ni anular los derechos reconocidos en la constitución nacional ni los mejores derechos establecidos en cualquier otra fuente inferior a ella y anterior a él.

Los derechos de trabajar, de comerciar, de asociación, el derecho a la justa retribución, la libertad sindical, como la igualdad y la prohibición de discriminar, quedan suprimidos o limitados si el convenio colectivo establece cláusulas como las siguientes, a saber: la prohibición para el patrón de contratar personal no afiliado al sindicato; la prohibición para el patrón de contratar personal afiliado a otro sindicato distinto al que celebra el convenio; la obligación para el patrón de contratar sólo personal afiliado al sindicato; la obligación para el patrón de mantener empleado sólo al personal afiliado al sindicato que celebra el convenio, o sólo al personal afiliado y al no afiliado a ningún otro sindicato; la obligación para el empleador de reconocer mejores derechos al personal afiliado al sindicato, que celebra el convenio, que al personal no afiliado al mismo; o la obligación para el empleador de retener una parte del salario del personal no afiliado al sindicato que celebra el convenio, para ser entregada a él y cualquiera sea su causa o motivo.

V.4.- La sucesión de normas y la concurrencia de normas convencionales.- Hay que distinguir el problema de la sucesión de las normas del problema de la concurrencia de las normas.

El primer problema (de sucesión de normas) se refiere a determinar cuándo una norma (o un sistema de normas) debe derogar o reemplazar a otra norma (o sistema de normas). Para ello hay que averiguar cuáles son las condiciones de validez (o pertenencia) de una norma a un sistema. Aquí se trata de saber cuándo una norma pertenece a un sistema normativo: quién tiene atribuciones para dictarla y con qué contenido debe hacerlo. En materia de derechos sociales no imperan las reglas de la ley superior, de la ley general ni de la ley posterior para considerar derogada la norma inferior, o la norma especial o la norma anterior. En materia de derechos sociales (o de derechos humanos) impera el deber de asegurar los derechos (o prohibición de regresividad) de modo tal que NO se pueden derogar los mejores derechos ya reconocidos y que definen el nivel de desarrollo irretrogradable.

El segundo problema (de la concurrencia de normas) supone la existencia de dos o más normas que, perteneciendo a un sistema, califican a una acción (o conjunto de acciones) de diferentes modos (obligatorio, prohibido o permitido) o establecen requisitos distintos para el ejercicio de una acción o el goce de una cosa o bien. En materia de derechos sociales (o de derechos humanos) impera el principio de la norma más favorable a la persona que trabaja (como aplicación al caso de los principios de aseguramiento y progresividad), de modo tal que se debe aplicar la norma más favorable que es la que mejores derechos reconoce o que otorga más poder o riquezas a la persona que trabaja.

V.4.1.- La doctrina de la incorporación.- La doctrina de la incorporación en su versión estándar se refiere a la relación del convenio colectivo de trabajo con el contrato individual de trabajo. La doctrina sostiene que el contrato individual de trabajo se integra con las

normas del convenio colectivo de trabajo o, en otras palabras, que las cláusulas del convenio colectivo (referidas a las condiciones de labor) se incorporan como convenciones del contrato individual de trabajo, con la consecuencia que un nuevo convenio colectivo de trabajo (como mínimo) no puede modificar in peius las condiciones de labor establecidas en los contratos individuales de trabajo en curso de ejecución a su entrada en vigencia. La incorporación de las cláusulas del convenio colectivo al contrato individual de trabajo se produce para suplir la ausencia de regulación de los contrayentes (ya que, en general, el patrón y el obrero se limitan a pactar sobre algunas condiciones) o para reemplazar toda cláusula del contrato individual que sea más desfavorable que lo convenido en el contrato colectivo.

La doctrina de la incorporación está en un todo de acuerdo con el deber de asegurar y el principio de la progresividad. La doctrina de la incorporación manda asegurar los mejores derechos establecidos en el convenio colectivo de trabajo. De esta manera cumple con el deber de asegurar (o la irreversibilidad o la prohibición de retroceder de los niveles alcanzados). Pero además la doctrina de la incorporación coincide con el principio de la progresividad porque acumula sucesivamente los mejores derechos de origen colectivo en el contrato individual de trabajo.

V.4.2.- La doctrina de los derechos adquiridos.- ¿Qué es un derecho adquirido? O mejor dicho: ¿qué significan las palabras “derecho adquirido”? Un derecho se califica como adquirido cuando ha ingresado o integra el patrimonio de una persona. Un derecho adquirido es un derecho que le pertenece a una persona. En otras palabras podemos decir que un derecho es adquirido cuando es una propiedad de una persona. Ahora bien que un derecho integre el patrimonio de una persona, o que le pertenezca o que sea de su propiedad o que, en definitiva, sea un derecho adquirido significa que es el correlato de una obligación pasiva que pesa sobre el resto de las personas de no interferir en el uso, goce o ejercicio del mismo por parte de aquella persona (a quien se denomina titular o acreedor); o que es el correlato de una obligación de dar una cosa, o de hacer o de no hacer (en particular una acción) que pesa sobre una o varias personas determinadas (que son los deudores); o que el acreedor o titular del derecho tiene (a su vez) el derecho de rechazar con el auxilio de la fuerza pública cualquier interferencia en el uso, goce y ejercicio de su derecho adquirido; o que el acreedor o titular del derecho tiene (a su vez) el derecho de pedir el auxilio del gobierno para forzar el cumplimiento de su deudor moroso.

Los derechos se establecen por contratos (entre los que se incluye el contrato social o constitución) o por ley o reglamento del gobierno. Los contratos como origen de los derechos son una fuente autónoma de los mismos, mientras que las leyes o reglamentos son una fuente heterónoma.

El trabajador es titular de derechos (o acreedor de su empleador) porque los mismos se establecen en la constitución o en su contrato individual de trabajo (fuentes autónomas) o en la ley de contrato de trabajo, o de negociación colectiva o de asociaciones profesionales, o en los estatutos profesionales o en los convenios colectivos de trabajo (fuentes heterónomas).

Los derechos establecidos en un convenio colectivo y que mejoran las condiciones de trabajo, son derechos adquiridos por el trabajador que no pueden ser derogados, suprimidos o limitados, por otro convenio colectivo posterior.

¿Qué justifica la reducción de las condiciones de labor por medio de un convenio colectivo? Que así lo pactó el sindicato es insostenible. Repítase la idea y es más que claro que no soporta la prueba de la opinión pública, su mismísima publicidad. Es insostenible afirmar que el empleado debe padecer una reducción de sus condiciones de trabajo porque así lo ha pactado su sindicato con el patrón.³¹

V.4.3.- El convenio colectivo aplicable.- ¿Cuándo decimos que un acuerdo colectivo es mejor que otro? Un convenio colectivo es mejor que otro cuando reconoce a favor del trabajador mayores derechos o beneficios o, en definitiva, cuando su aplicación tiene por resultado que el trabajador adquiera mayor poder o riquezas que si su relación de empleo estuviera regida por otro convenio colectivo o no estuviera regida por ninguno.

¿Cómo se construye una concurrencia de normas convencionales (o de origen en la negociación colectiva)? En principio se tienen que dar cuatro condiciones (o requisitos). La primera condición es que existen, como mínimo, dos normas de fuente convencional susceptibles de ser comparadas para determinar cuál es la mejor. En segundo lugar esas dos normas comparten (en todo o en parte) el mismo ámbito temporal; o sea: las normas están vigentes en un mismo lapso aunque no posean el mismo período de vigencia. El tercer requisito se refiere al ámbito geográfico: las dos normas comparten (en todo o en parte) el mismo ámbito geográfico; o sea: las normas están vigentes en una misma zona aunque no posean el mismo ámbito geográfico. En cuarto lugar, y como mínimo, se requiere que la actividad de la empresa quede subsumida en las dos normas convencionales, o que la profesión del dependiente quede subsumida en las dos normas convencionales, o que la actividad de la empresa quede subsumida en una de las normas mientras que la profesión del empleado quede subsumida en la otra norma.

Dadas estas condiciones, en cualquier caso, la cuestión de cuál es el convenio colectivo que se debe aplicar se resuelve por el principio

31 Sobre la prueba de la opinión pública o del uso público de la razón como un medio para el progreso de la libertad ver de Kant ¿Qué es la ilustración? (de 1784) y El conflicto de las facultades (de 1798).-

de la norma más favorable al trabajador. ¿Cuál es el convenio colectivo aplicable? De los convenios colectivos concurrentes a regir un caso, se debe aplicar el mejor convenio colectivo, o (de ser el caso) el régimen que se elabora por la acumulación de las mejores normas de los convenios colectivos concurrentes. Las mejores normas son siempre las que reconocen más poder o riquezas al trabajador. Todo ello con sustento en el principio de aseguramiento y en el principio de la progresividad.

¿Cuál es la política social del derecho internacional? Primero: está prohibido retroceder del nivel de desarrollo alcanzado, por el deber de asegurar los derechos. Segundo: hay que avanzar favoreciendo al más desfavorecido, por el principio de progresividad, para pasar de un grado a otro superior de desarrollo. Tercero: se favorece al más desfavorecido aplicando la norma más favorable o, para el caso bajo estudio, el mejor convenio colectivo o el régimen que surge de la acumulación de las mejores normas de los convenios colectivos que concurren a la regulación de la relación laboral.

Así la aplicabilidad del convenio colectivo no está en relación a la capacidad representativa o de representación de los comisionados patronales o sindicales en la negociación colectiva, sino en que se trate del mejor convenio colectivo (de los concurrentes), lo que a su vez se encuentra en razón de la capacidad fáctica (o de la habilidad o fuerza) de negociación de la unión obrera. El gremio que con mayor habilidad o fuerza de negociación obtiene el mejor convenio colectivo favorece a toda la clase (o, más precisamente, a todos los trabajadores de su ámbito personal, ya esté definido por la actividad de la empresa o por la profesionalidad) empujando o elevando el régimen de protecciones de un nivel a otro escalón superior.

V.5.- El reajuste por parámetros igualitarios.- El reajuste por parámetros igualitarios es el incremento de los créditos sociales (y, en especial, de los sueldos) a partir de una muestra representativa (de los aumentos salariales).

Puede ser el caso que existan trabajadores o grupos de trabajadores que no reciben aumentos salariales o que no los perciben en la misma proporción a los incrementos que se les otorgan a otros dependientes.

Todo trabajador tiene derecho a percibir aumentos salariales en la misma proporción a los incrementos que han recibido el resto de los trabajadores o una muestra representativa o significativa de ellos conforme a las circunstancias de tiempo y lugar.

Los aumentos salariales a considerar para el reajuste pueden ser los acordados entre los patrones y los gremios en los convenios colectivos de trabajo.

Quien no haya percibido estos aumentos medios, que recibieron los trabajadores convencionales, padece un retraso salarial (o un desfasaje remuneratorio), con enorme daño a su propiedad, a su remuneración y al principio de igualdad.

No hay que perder de vista a la característica más relevante que equipara las situaciones de quienes percibieron los aumentos con quienes no los recibieron, a saber: que son todos la parte débil de la relación jurídica (o social).

El reclamo de reajuste por parámetros igualitarios se inspira en el principio de igualdad y en la solidaridad y busca asegurar los derechos del trabajador más débil, desprotegido o aislado, aprovechando la negociación de los más fuertes y organizados para que impere un orden social progresivo.

VI.- LA HUELGA.- El PIDESYC establece que "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país." (art. 8, 1, d). Adviértase que no condiciona el goce y ejercicio del derecho de huelga a una organización determinada de las personas, como sería un sindicato. Se trata entonces de un derecho reconocido, lisa y llanamente, a favor de la persona, por cuanto "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto" (art. 3).

Toda persona es titular del derecho de huelga, de modo tal que ésta no constituye un derecho limitado a las relaciones de los trabajadores con sus patronos ni está condicionado su ejercicio, entonces, a la existencia de un contrato de trabajo, ni a que lo declare un sindicato.

Así las huelgas de solidaridad, llevadas a cabo por algunos trabajadores en apoyo de los reclamos de otros, adquieren nueva justificación. Y de la misma manera, la huelga política, en cuanto medio de protesta o de defensa frente a un proyecto de acción estatal, o ante la acción misma del gobierno, sea ejecutiva, legislativa o judicial, o en cuanto instrumento de reclamo de acciones estatales determinadas, también está permitida.

La huelga revolucionaria, en cuanto procedimiento para la toma del poder, es una manera de ejercer el derecho de resistencia y, en consecuencia, está permitida en las condiciones dispuestas por el preámbulo de la DU: para liberar a la persona del temor y de la miseria.

NO son aplicables sin previa crítica y evaluación las consideraciones que formula el Comité de Libertad Sindical de la OIT sobre la huelga, ya que las mismas (más allá que reconocen este derecho a pesar de la inexistencia de un COIT específico sobre la cuestión), contienen toda una concepción limitativa de la huelga y, en

consecuencia, del poder de la persona y del pueblo para defender y hacer avanzar sus derechos e intereses y, en definitiva, sus condiciones de vida.³²

A diferencia de las consideraciones que formula el Comité de Libertad Sindical de la OIT (que ya hemos criticado), en el derecho internacional hay un concepto alternativo sobre el derecho de huelga que está acorde al régimen de los derechos humanos, a la democracia y que resulta adecuado a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. En adelante trataremos de mostrar, aunque más no sea, un bosquejo de ese derecho de huelga como una introducción para su más amplio estudio o desarrollo.

1.- Cuando nos referimos al derecho de huelga queremos decir que la huelga es un derecho o que la huelga es una actividad permitida, o sea: que la huelga no está prohibida (ni debe serlo) ni es una actividad obligatoria.

Que la huelga sea un derecho, que sea una actividad permitida, equivale a decir que no es una actividad obligatoria; o sea: que nadie está obligado a realizar una huelga. Ahora bien: hay que distinguir el derecho de huelga (o que nadie está obligado a realizar una huelga), del deber de adherir a una huelga que puede pesar (o imponerse) a todo miembro de un grupo social, de modo tal que de darse el caso de su incumplimiento, se le impute a éste ciertas consecuencias tales como, por ejemplo, la expulsión del grupo.

2.- El derecho de huelga no es un derecho gubernamental. El derecho de huelga no es un derecho que tenga su origen o fuente en un acto del gobierno o que haya sido dictado por la autoridad gubernamental. El gobierno reconoce o debe reconocer al derecho de huelga. El derecho de huelga es un derecho popular, un derecho constitucional que se sostiene en la soberanía del pueblo y en el derecho de resistencia a la opresión. Es norma de derecho internacional.

3.- ¿Quién tiene derecho a la huelga? El que tiene derecho a la huelga es el sujeto titular de la huelga. El sujeto titular de la huelga es la persona o conjunto de personas que tienen la capacidad para decidir la realización de la actividad, fijando su fecha de inicio y de finalización; o que poseen la capacidad para ejercer la huelga y todas sus acciones o abstenciones concomitantes.

El sujeto titular de la huelga es el trabajador, o sea: la persona que trabaja (dependiente o autónoma) o que no trabaja (desocupada o jubilada). Así resulta del derecho internacional sobre derechos humanos. Por ejemplo, en el preámbulo a la DU se considera “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de

32 Hago una crítica a esta doctrina del Comité en Análisis Alternativo sobre la huelga y otras formas de protesta, Buenos Aires, 2016. (en academia.edu).-

Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”. En el art. 23.4 de la DU se reconoce que “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”. Así resulta de la misma DU que la huelga es un derecho de la persona, o que la persona tiene derecho a unirse con otras para defender sus intereses. La palabra “sindicarse” quiere decir unirse a otras personas. Las personas tienen derecho a unirse en defensa de sus intereses. La huelga es un medio adecuado o razonable para la defensa de los intereses comunes.³³ En el art. 8 del PROSAL se reconoce, entre los derechos sindicales, al derecho de huelga. En el PIDESYC se reconoce el derecho de huelga (art. 8.1.d).

El que tiene derecho a la huelga es el trabajador, o un conjunto (o un grupo) de trabajadores; organizados o no organizados; cuya unión esté reconocida o no reconocida por el gobierno; o un grupo de trabajadores que ha constituido una asociación con personería o sin personería (o sea que hayan constituido una persona jurídica o que no la hayan constituido). Todos estos son los sujetos titulares de la huelga. Uno de ellos no excluye a los otros. De modo tal que el titular del derecho de huelga es el trabajador. A favor del trabajador debe estar reconocido. Y si se establece a favor del sindicato (más o menos organizado, con personería o sin personería), ello no excluye que se trata de un derecho que está (y debe estar) reconocido a favor del trabajador (o sea: a favor de la persona que trabaja).³⁴

Es absolutamente irrelevante el lugar donde el trabajador presta servicios, así como la actividad de la empresa en la que trabaja. Con esto quiero decir que el trabajador que tiene derecho a la huelga no necesariamente debe justificar su ejercicio en el incumplimiento de su empleador sino que también tiene su razón para llevarla a cabo en el incumplimiento de las obligaciones de otro empleador para con sus empleados, con quienes el huelguista se solidariza.

33 En el PIDESYC se encuentra una similar (aunque más amplia) disposición, ya que se reconoce el “derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección... para promover y proteger sus intereses económicos y sociales” (art. 8.1.a), de modo tal que el derecho a la unión es tanto para promover como para proteger, y la huelga es un medio adecuado para esos dos propósitos.-

34 Alfredo L. Palacios (en *El pensamiento socialista en la Convención Nacional de 1957, poder constituyente y soberanía política*, Buenos Aires, 1958) sostiene que “La huelga es un derecho natural de los obreros. Puede existir la huelga sin que existan los gremios, y en nuestro país se ha producido muchas veces ese hecho... La huelga no puede limitarse diciendo que es un derecho gremial. Es un derecho natural...” (pág. 197); y a modo de conclusión, afirma: “El derecho de huelga es para los trabajadores: ahora bien, si se quiere agregar que los gremios, en el caso de estar organizados, también pueden ejercitar ese derecho de huelga, muy bien; pero el derecho es general para todos los trabajadores, sin excepción. Y eso es lo que debe decir la Constitución.” (pág. 198).-

4.- Así como hay un sujeto titular del derecho de huelga, hay un sujeto pasivo de ese mismo derecho. El sujeto pasivo es el sujeto obligado por el derecho del sujeto titular. Hay, por lo menos, dos clases de sujeto pasivo con obligaciones diferentes. Un sujeto pasivo es el gobierno. El otro sujeto pasivo son las otras personas (diferentes al sujeto titular del derecho). El gobierno debe básicamente reconocer a la huelga como un derecho (o como una actividad permitida) sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, ideas políticas o cualquier otra condición. También el gobierno debe no impedir el ejercicio del derecho, proteger al sujeto titular de las intervenciones de otras personas, y facilitar al titular el ejercicio de su derecho. Las otras personas deben (principalmente) no intervenir (o no obstaculizar) al titular del derecho de huelga en su ejercicio. Entre estas otras personas se deben incluir, especialmente, a las patronales y a los rompeshuelgas (privados, agentes públicos o semipúblicos, militares o paramilitares, policiales o para policiales): todos ellos tienen prohibido intervenir en el ejercicio del derecho de huelga y el gobierno debe proteger a los huelguistas de los intentos de intervención de todas estas personas.

Que la huelga sea un derecho significa para el gobierno que tiene prohibido intervenir en el ejercicio del derecho de huelga. Esto implica que el gobierno no debe intervenir en la deliberación sobre la adopción o no adopción del derecho de huelga, ni en la decisión ni en la ejecución de la huelga. Así el gobierno debe respetar el derecho de huelga, o se debe abstener de injerir directa o indirectamente (o por medio de agentes semi públicos o parapoliciales o paramilitares) en el ejercicio de ese derecho.

Queda prohibido para el gobierno regular la huelga, condicionarla, establecer requisitos para su ejercicio, sancionar la huelga, calificarla de legal o ilegal (legítima o ilegítima). El derecho de huelga (como todo otro derecho humano) no es susceptible de ser reglamentado, sino que debe ser asegurado por cualquiera de los tres poderes del gobierno (de tratarse por ejemplo de una república democrática).

Que la huelga sea un derecho también significa que el gobierno debe protegerlo, adoptando todos los medios necesarios para que otras personas (diferentes al sujeto titular) no lo priven de su ejercicio; o, en otras palabras: el derecho de huelga implica que el gobierno debe adoptar medidas para impedir que terceras personas interfieran en el pleno goce y ejercicio del derecho de huelga.

Que la huelga sea un derecho implica que el gobierno debe facilitar su ejercicio adoptando medidas positivas que permitan o ayuden a su titular a ejercer el derecho de huelga, y debe promover el ejercicio del derecho de huelga adoptando medidas para que se difunda información adecuada sobre este derecho.

4.1.- Es dentro de este marco que se deben analizar los despidos de los huelguistas o la retención de los salarios correspondientes a los días de paro que llevan a cabo las patronales como un medio para suprimir o limitar el pleno goce y ejercicio del derecho de huelga. El gobierno debe proteger el derecho de huelga, de modo tal que no debe amparar esas prácticas patronales. En la medida que la huelga es un derecho o que está reconocido el derecho de huelga, la patronal no puede despedir a los huelguistas. Y si la patronal ha despedido a los huelguistas o a algunos de ellos, debe reincorporarlos a todos los que así lo deseen con más el pago de los salarios retenidos o caídos. Además el ejercicio del derecho de huelga supone el mantenimiento de la vigencia del contrato de trabajo; o sea: no puede conllevar como represalia, el despido del huelguista.

Es jurídicamente improcedente la doctrina que condiciona el pago de la indemnización del despido motivado en la huelga (o que se ejecuta con ocasión, causa o motivo de un paro), a que la huelga sea declarada judicialmente legítima. Toda esta doctrina está errada: si el despido está motivado en la huelga, el despido es nulo por ser discriminatorio, persecutorio, o una represalia y, por consiguiente, corresponde la reinstalación del trabajador o el pago de la indemnización por despido conforme a su elección.

Es inaceptable considerar que una huelga es ilegal y que un despido está justificado cuando se motivó en una huelga. Si el despido tiene por causa, motivo u ocasión a una huelga es un ataque directo al derecho de huelga reconocido en el derecho internacional.

El recurso a la calificación judicial de la legalidad o ilegalidad de la huelga es sólo un subterfugio para desconocer el derecho de huelga. Se trata de una doctrina por la cual el gobierno se reserva la facultad de la calificación jurídica de la huelga para, en un juicio indirecto, desconocer el derecho del trabajador a su empleo o a su justa retribución, o para convalidar el poder arbitrario de las patronales.³⁵

35 Para Palacios “No se pueden distinguir huelgas legales e ilegales porque esto, sí, produce perturbación e intranquilidad en el país” (pág. 198). Cuenta además que “en la Cámara de Diputados el doctor Justo y yo sostuvimos que la huelga era un hecho y que eran inútiles todas las limitaciones, porque ese hecho desbordaba completamente todas las legalidades” (pág. 198).- En su conferencia sobre el socialismo (de 1918), donde expone una crítica desbastadora a la política socialista, Max Weber considera que “nos guste o no, no existe ningún medio para eliminar las huelgas –lo único que se puede es elegir entre asociaciones de este tipo (o sea: los sindicatos) reconocidas públicamente o clandestinas... hay que pactar con ellas...” (en Max Weber, Escritos Políticos, pág. 309).- Es sobre esta imposibilidad, sobre esta deficiencia, que se debe operar para horadar, limar, desestabilizar a la dominación burocrática. Recordemos que la limitación o restricción de la burocracia es una de las “promesas incumplidas” de la democracia, que señalaba Bobbio. Esas promesas incumplidas son, en más o en menos, las siguientes seis: que se mantenga la inexistencia de la soberanía popular por la existencia de los cuerpos intermedios; que la representación de los intereses menoscabe a la representación política; que permanezca el poder

4.2.- También la patronal tiene prohibido retener los salarios correspondientes a los días del paro. Que la huelga sea un derecho que el gobierno debe proteger significa que los salarios de los días en paro se deben tanto cuando la huelga se deba a un incumplimiento “probado” del patrón cuando no se deba a ese supuesto incumplimiento demostrado, ya que las patronales se encuentran en una situación de incumplimiento continuo (por ser los explotadores) que la huelga (en mayor o en menor medida) procura revertir o superar. Desde este punto de vista alternativo, es claro que con la huelga el trabajador no incumple con su deber de trabajar o de poner su fuerza de trabajo a disposición del patrón, sino que ejerce un derecho absolutamente reconocido para superar la explotación o liberarse de la misma. De eso se trata. Y como de eso se trata, la doctrina dominante ha procurado y procura suprimir o restringir a la huelga.

El día de huelga es un día de trabajo efectivo. Se debe el pago de los salarios a los no huelguistas: la huelga no es una fuerza mayor que libera al patrón de sus obligaciones para con los no huelguistas. La huelga (en las relaciones laborales) nunca es un caso de fuerza mayor sino (como mínimo) la consecuencia que tiene lugar (o la medida reactiva) a raíz de la situación de explotación. De ser pensada la huelga (en las relaciones laborales) como una fuerza mayor sería imputable al patrón.³⁶

No se puede sostener que no corresponde pagar los salarios durante los días de huelga porque no hay texto expreso (en el derecho internacional (o en la constitución) que así lo mande, sin advertir que tampoco hay texto expreso que mande retener el salario del huelguista mientras que el derecho de huelga sí está expresamente reconocido en el derecho de gentes (o en la ley suprema). Que el derecho de huelga esté expresamente reconocido en el derecho internacional significa que se deben pagar los salarios correspondientes a los días de paro y que está prohibido despedir a los huelguistas.

Se dice con error que si el patrón debe abonar salarios por los días de huelga, la consecuencia sería alcanzar un estado de huelga permanente, o sea: un estado donde no se trabaja y se percibe el sueldo. Está claro que ese estado es insostenible ya que en el mismo no se producirían bienes ni servicios y, al corto o mediano plazo, agotados los ahorros (las reservas o excedentes guardados o no

oligárquico; que no se haya alcanzado la democracia social, o la democracia en la empresa y en la burocracia (o aparato administrativo); que no se haya eliminado el poder invisible; y que no se eduque para la ciudadanía o para formar un real ciudadano, partícipe y ejecutor, y no súbdito. Ver de Norberto Bobbio, El futuro de la democracia (un texto de 1984), en El Futuro de la Democracia, Planeta – De Agostini, 1994.-

36 Claro está que lo expuesto no excluye que la huelga pueda ser considerada (con bastante razón) un caso de fuerza mayor por el empleador afectado para justificar el incumplimiento de sus obligaciones con otras empresas o el incumplimiento de sus obligaciones para con el gobierno.-

consumidos ni invertidos) se iniciaría un período de insatisfacción de las necesidades que llevaría a la extinción del grupo social. Esta no es la consecuencia no buscada ni pretendida por los huelguistas ni por quienes sostienen que hay que pagar el salario durante los días de huelga. La consecuencia es equilibrar las relaciones de fuerza o de poder, o incrementar el poder de los obreros, o aumentar la participación de los obreros en el producto (o en lo producido), o reducir la explotación, o eliminar la explotación. Esta es la consecuencia a la que se oponen los patrones y sus partidarios.

5.- ¿Qué significa “huelga”? O ¿qué significa “derecho de huelga”? O ¿qué actividades quedan comprendidas en la huelga, o abarca o incluye la huelga, o implica el concepto de huelga? La huelga incluye a variadas actividades pacíficas (o no violentas, que no son por eso necesariamente pasivas, sino también activas o de impulso). Hay diferentes tipos o clases de huelga y el derecho de huelga es el derecho a ejercer esas actividades de distintos tipos o clases³⁷.

Con la palabra “huelga” aludimos a una serie de actividades populares de defensa o reivindicación, que se extiende desde el trabajo a reglamento (o trabajo a desgano, o quite de colaboración, como primer eslabón del ordenamiento) hasta la huelga revolucionaria o insurreccional.

El derecho de huelga incluye a todas las acciones coadyuvantes a la actividad principal. La huelga es un derecho y las acciones accesorias, de apoyo, de refuerzo, de empuje, de acompañamiento a la huelga, reciben la misma calificación, se integran al derecho, son parte del derecho, o están justificadas como un medio adecuado para coadyuvar al pleno goce y ejercicio del derecho para la defensa y promoción de los derechos e intereses de los trabajadores y los pobres en general. Así se debe considerar que todas las acciones accesorias a la huelga son acciones que se llevan a cabo con causa, motivo u ocasión de una huelga, lo que constituye una razón justificatoria de la acción accesoria (que sigue la suerte de la principal), por estar plenamente fundamentado el derecho a la huelga.

5.1.- La huelga en cualquiera de sus clases incluye a la ocupación de los establecimientos de labor, al piquete del ingreso a los

37 Gene Sharp ha analizado más de 190 métodos de acción directa. Entre ellos señala a la huelga de protesta, la huelga sin previo aviso (o huelga relámpago), la huelga de campesino, la huelga de trabajadores agrarios, al rechazo de trabajos forzosos, a la huelga de presos, a las huelgas de oficios, a la huelga de profesionales, la huelga en el centro de trabajo, la huelga sectorial, la huelga solidaria, la huelga al detalle (dejar de trabajar o marcharse de uno en uno), a la huelga paragolpes (cada vez en una empresa distinta), la huelga de trabajo lento, la huelga de celo, la huelga de bajas por enfermedad, la huelga por dimisión, la huelga limitada (no se trabaja tiempo extra, o no se trabajan ciertos días), la huelga selectiva (negarse a realizar determinados trabajos), la huelga generalizada (en muchas actividades), o a la huelga general (en todas las actividades).-

lugares de trabajo, al piquete en las calles, a la ocupación de lugares públicos, a las manifestaciones o reuniones populares, caminatas, acampes, escraches y a toda otra acción coadyuvante de la huelga para la promoción o defensa de los derechos e intereses de los trabajadores o de las personas en general.

No hay que partir del supuesto que la huelga con ocupación es una huelga ilegal o que la ocupación de un establecimiento de trabajo o de un lugar público (que es consecuencia de una huelga o que se lleva a cabo por causa, motivo o en ocasión de una huelga) sea ilegal. En la medida que la huelga es un derecho o que está reconocido el derecho de huelga, es claro que, en principio (o prima facie), la huelga (al igual que la ocupación) es una actividad legal. Hay que partir del supuesto o de que, en principio (o prima facie), la ocupación es una actividad legal.

Podemos mostrar varios casos que demuestran que la ocupación es una actividad legal, de defensa adecuada o legítima, o un medio necesario para evitar males mayores. Algunos de esos casos pueden ser los siguientes: a.- la ocupación se lleva a cabo para darle continuidad a la explotación ante el abandono de la empresa por su propietario; b.- se ocupa el establecimiento para impedir su venta ya que acarrea despidos o un cambio lesivo del régimen de trabajo (ej: pérdida del convenio colectivo, pérdida de la antigüedad); c.- ocupación ante un empleador que deja sin tareas al personal; d.- ocupación de un inmueble alquilado por la empresa ante el término inminente del alquiler y la adopción de los despidos; e.- ocupación del establecimiento de una empresa por parte de los trabajadores tercerizados (o pertenecientes a una supuesta o real contratista) ante el cese del contrato de su supuesto patrón y el ingreso de otra contratista.

Estos ejemplos muestran la necesidad de la ocupación para asegurar los puestos de trabajo, para darle continuidad a la explotación o para hacer efectivo el pago de las indemnizaciones por despido. Es que si no se ocupan los establecimientos, el empresario nada paga, termina el alquiler y se va dejando a los trabajadores afuera y con las cortinas bajas.

Desde esta perspectiva la ocupación es un medio adecuado, necesario y lícito para (dentro del desastre) tratar de asegurar los derechos del trabajador. Son casos extremos, no deseables, pero bastantes comunes, que deben ser tenidos en cuenta para considerar o evaluar a la ocupación como una actividad lícita.

Sobre esta base, y en atención al deber de aseguramiento y al principio de progresividad, se trata de cambiar la perspectiva de la doctrina dominante (como la del Comité de Libertad Sindical de la OIT) y adoptar un punto de vista absolutamente distinto, que consista en presuponer que, prima facie, la ocupación es legal y constituye un instrumento de avance, de igualación o equiparación.

5.2.- El derecho de huelga incluye (abarca o implica) a la huelga solidaria. En la huelga solidaria la solidaridad viene dada sólo y exclusivamente por el carácter de obrero libre de los huelguistas. Esta es la comunidad de intereses entre ellos. Así no hay que ir a buscar o establecer otro tipo de vínculo entre los huelguistas que el que sólo mantienen por ser obreros libres (o sea: por ser jurídicamente libres, o ni esclavos ni siervos, y por no poseer medios de producción suficientes para satisfacer sus necesidades³⁸). Tampoco hay que determinar otro tipo de vínculo entre los huelguistas (por solidaridad) que pueda tener por objeto o por resultado suprimir o restringir al derecho. Más precisamente, no es jurídicamente aceptable exigir como requisito de legalidad (o legitimidad) de la huelga solidaria, que la solidaridad se manifieste con relación a un reclamo legítimo o legal.

5.3.- También el derecho de huelga incluye a la huelga de protesta (o de oposición contra una política gubernamental) y a la huelga política (que, en algunos casos, es parte o se integra a la resistencia a la opresión, a la revuelta popular, a la vía insurreccional o a la revolución). La huelga política está justificada como un acto de resistencia a la opresión. La resistencia a la opresión se justifica no sólo como un mero acto de resistencia a la tiranía o dictadura políticas, o a la opresión social, sino (y principalmente) por su proyecto de instauración de una república liberal igualitaria, de un régimen político y social democrático.

6.- La huelga puede ser por tiempo determinado o por tiempo indeterminado. La huelga por tiempo determinado (o paro de actividades) puede ser durante una parte de la jornada, o por toda la jornada o por varias jornadas. Se puede ejecutar con o sin ocupación del lugar o los lugares de trabajo. La huelga por tiempo indeterminado también se puede ejecutar con o sin ocupación del lugar o los lugares de trabajo

La huelga (clasificada por la localización espacial de su ejecución o por los lugares que abarca su desarrollo), en relación a los lugares de trabajo, incluye a la huelga en varias actividades, en una actividad, en una empresa, en uno de los establecimientos de una empresa o en uno de los sectores de una empresa; o en las combinaciones de esos casos.

La huelga (clasificada por la localización espacial de su ejecución y en relación a las divisiones jurisdiccionales o de competencia entre las oficinas del gobierno) se puede dividir en la huelga nacional, en la huelga estadual o provincial, en la huelga departamental, en la huelga municipal, en la huelga de un distrito o de una localidad o de un barrio o una colonia o una comuna.

38 Marx, El Capital, FCE, Tº I, pág. 892 (por ejemplo). Max Weber, Historia Económica general, FCE, México, 1997, capítulo IV.-

La huelga (clasificada por los fines que la inspiran) puede ser una huelga de defensa (o preventiva ante la amenaza de sufrir un mal del empleador o del gobierno), una huelga de reclamo o protesta (para procurar el cumplimiento de una obligación reconocida), o una huelga de avance o impulso (para obtener un beneficio debido o legítimo pero no reconocido por el patrón o por el gobierno).

7.- Conceptualmente siempre la huelga es provocada por la culpa del patrón (o del gobierno). Ello es así por ser el patrón (o el gobierno) el explotador y la huelga un medio de resistencia a la explotación o un medio para suprimirla: uno de los instrumentos o medios de liberación individual o social.

En los hechos, el ejercicio del derecho de huelga puede estar condicionado al incumplimiento patronal (del propio patrón de los huelguistas; o del patrón de otros trabajadores: caso de la huelga solidaria; o de todos los patrones) o del gobierno. También puede estar condicionado al mejoramiento de las condiciones de labor; en este caso el ejercicio del derecho de huelga no supone el incumplimiento patronal (o del gobierno) de deberes ya impuestos o reconocidos como tales. Siempre en los hechos, el ejercicio de la huelga puede requerir al incumplimiento del gobierno (del propio gobierno de los huelguistas o de otro gobierno). De la misma manera se puede supeditar la huelga al cambio de la política gubernamental (del propio gobierno o de otro gobierno) sin suponer un incumplimiento del gobierno (del propio gobierno de los huelguistas o de otro gobierno).

8.- La determinación de las circunstancias de tiempo y lugar, o de la localización temporal y espacial de la huelga, o de su inicio, duración y cese, como del lugar de su ejecución, depende del sujeto titular (o agente activo). Esta determinación temporal y espacial integra el derecho de huelga y deviene inaceptable cualquier limitación para el encuadramiento del conflicto dentro de la dominación.

El sujeto titular es quien debe determinar el inicio, duración y cese de la huelga, como si se deja de trabajar dentro o fuera del establecimiento (o sea: con ocupación o sin ocupación del lugar de trabajo), o si se deja de trabajar afuera del lugar de trabajo con ocupación de otros lugares (o sin ocupación ninguna).

VII.- PETITORIO.- Solicito que se me tenga por presentado, por formulada la opinión escrita y que la misma se agregue, que SERA JUSTICIA.-

Carlos Javier Spaventa Domenech
Abogado [REDACTED]