

LA REVISTA JURÍDICA
21 AÑOS DE LA REVISTA

Esta revista llega a los 50 números. Su fundador, el jurista Eduardo Ortiz, puso su empeño en forjar esta publicación en 1963. Han pasado 21 años desde su nacimiento y a lo largo de estos años, cincuenta números se han publicado gracias a la colaboración del Colegio de Abogados y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asimismo, los estudiosos del derecho han publicado sus trabajos aquí enriqueciendo la cultura jurídica nacional.

Gracias sentidas a todos aquellos que han hecho posible este significativo acontecimiento en momentos tales que llaman a la reflexión acerca de la importancia del Estado de Derecho.

j. e. romero p.

LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO
REFLEXIONES A PARTIR DEL DERECHO COMPARADO

Jean-Claude JAVILLIER

Profesor de la Universidad de Bordeaux I
Director del Centro de Derecho Comparado del
Trabajo y de la Seguridad Social (COMTRASEC)*

* El autor desea expresar su agradecimiento a los organizadores del Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Costa Rica bajo el patrocinio de la Corte Suprema de Costa Rica. (8 al 12 de marzo de 1982).

Para nosotros esta es una inestimable oportunidad de poder establecer y desarrollar intercambios científicos con este país y, de manera más general, con América Latina. Por lo demás, es en la esperanza de tales enriquecimientos mutuos, entre juristas franceses e iberoamericanos, que el autor agradece especialmente a sus eminentes colegas y grandes amigos, los Sres. Luis Enrique DE LA VILLA y Juan Antonio SAGARDOY, la traducción de la Segunda edición (1982) de su "Derecho del Trabajo" y su publicación en Madrid (Instituto de Estudios Sociales, I Tomo, Madrid, 1982).

El autor agradece asimismo la traducción del presente artículo debida al Sr. Fernando CASANUEVA, Assistant associé a l'Institut d'Etudes Politiques de l'Université de Bordeaux-I.

SUMARIO: Introducción

I. Los debates previos

A. La diferenciación técnica

1. La función pública y el orden público
2. Los servicios públicos y la continuidad
3. El sector público de interés nacional y la seguridad tecnológica

B. Los interrogantes sociológicos

II. El "encuadramiento" normativo de la huelga

A. Las técnicas jurídicas

1. Las técnicas indiferenciadas
2. Las técnicas diferenciadas

B. Los regímenes jurídicos

1. La prohibición de la huelga
2. La tolerancia de la huelga
3. El reconocimiento de la huelga

C. Propositiones finales

REV 155987

Introducción

En lo que respecta al Derecho comparado, especialmente del trabajo y de las relaciones profesionales o industriales, pueden presentarse e investigarse una gran cantidad de versiones y utilizaciones. Ya han sido publicados algunos trabajos que constituyen las condiciones previas y necesarias de metodología para aquellos que desean aventurarse en este terreno grandemente riesgoso.¹ No es inútil subrayar la dificultad que reviste toda investigación en la materia. Así como lo observara aquel que fue sin duda uno de los más eminentes investigadores y un auténtico pedagogo, Sir Otto KAHN-FREUND:

Todo lo que he querido sugerir es que la utilización (del Derecho comparado) requiere no sólo el conocimiento de la ley extranjera, sino también el de su contexto social y, sobre todo, político. El uso del Derecho comparado con fines prácticos llega a constituir un abuso si está informado sólo por un espíritu legalista que ignora de esta manera el contexto de la ley. Hago un llamado a quienes enseñan el Derecho comparado para que tomen conciencia de este riesgo y alerten a sus respectivos estudiantes, entre los cuales es posible se cuenten aquellos que están destinados a promover el cambio de los conceptos legales en la marcha de la legislación".²

Haciendo extensiva esta advertencia, es conveniente permanecer consciente respecto a las desventajas que representa la excesiva especialización del jurista. Esto es señalado por Johannes SCHREGIE:

"La especialización en sí puede entorpecer más que facilitar la comprensión de los sistemas de otros países. Como lo hemos visto, el tipo de relaciones profesionales no es más que la expresión, el

1 Cf. esp. T. TREU, "Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro italiano", in "L'apporto della comparazione alla scienza giuridica", estratto da Studi di diritto comparato direrri da Mauro CAPPELLETTI, Dott. A. GIUFFRÉ Editore, Milano, 1980, p. 125-165. J. SCHREGIE, "L'étude comparée des relations professionnelles: écueils et promesses": Rev. Int. du travail, 1981, Vol. 120, N° 1, p. 17-32. Conférence internationale de droit du travail, Varsovie (21-25 Septembre 1981), Theme III, "Les problemes methodologiques du droit du travail, rapport introductif par T. ZIELINSKI, et rapports nationaux, publiés par l'Académie des Sciences de Pologne et le Centre de Droit Comparé du travail et de la Sécurité Sociale (Université de Bordeaux-I, Avenue León-Duguit, 33604-PESSAC-FRANCE). A. PLA RODRIGUEZ, "Reflexiones sobre el estudio comparativo del derecho del trabajo", Derecho Laboral, Montevideo, 1971, T. XXIV, N° 124, p. 689-697.

2 O. KAHN-FREUND, "On Uses and Misuses of Comparative Law": The Modern Review (1974), Vol. 37, pp. 1-27, reprinted in "Otto KAHN-FREUND, Selected Writings": Stevens & Sons, London, 1978, sp. p. 319. Adde, O. KAHN-FREUND, "Comparative Law as an Academic Subject": Law Quarterly Review (1966) Vol. 82, pp. 40-61, Reprinted in op. préc., p. 275-293.

reflejo de la estructura de poder en una sociedad, de los métodos y de las costumbres que presiden la toma de decisiones, de la economía, de la historia y de las tradiciones; de la mentalidad y del comportamiento del pueblo, de su pasado, de sus aspiraciones y de sus valores. A través del prisma de las relaciones profesionales comparadas, se descubre, de hecho, el espectro completo de las otras naciones, de los otros pueblos".³

Las comparaciones son por lo demás tan difíciles de realizar como diferentes sean los respectivos sistemas económicos y/o políticos.⁴ Así, hay quienes se preguntarán incluso si es posible efectuar investigaciones de Derecho comparado entre países capitalistas y países socialistas.⁵ En cualquiera hipótesis, el análisis comparado aún cuando permaneciese sólo en un plano normativo debe necesariamente estar rodeado de todo tipo de antecedentes sociológicos y económicos, así como de una gran prudencia.⁶

3 J. SCHREGLE, "L'étude comparée des relations professionnelles: écueils et promesses": Rev. int. du Travail, 1981, vol. 120, N° 1, p. 32.

4 Existen, sin embargo, trabajos (lo más a menudo en lengua inglesa) muy útiles, tales como: The International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations KLUWER, Editor R. BLANPAIN, DEVENTER, 7 volumes). Asimismo revistas y periódicos, tales como: la Revue Internationale du Travail (B.I.T., Ginebra), The International Labour Law Reports (SIJTHOFF & NOORDHOFF, Alphen Aan den Rijn, 1 vol. por año desde 1978), The Bulletin of Comparative Labour Relations (KLUWER, DEVENTER). Es necesario citar también los trabajos de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (cf. esp. aquellos del IX Congreso, Munich, 11-15 sept. 1971: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1978, 2 vol). Evidentemente es necesario constatar aquí la existencia de importantes trabajos iberoamericanos, efectuados especialmente en el marco de los Ciclos de Estudios y coloquios del Instituto Latinoamericano de Derecho y de la Seguridad Social (Cf. esp. H. H. BARBAGELATA, "Visión general del Derecho del Trabajo en América Latina": Derecho Laboral, Montevideo, 1981, T. XXIV, N° 121, p. 3-19). Esta última revista llama la atención por la calidad de sus artículos así como por el lugar de primera importancia acordado al Derecho del Trabajo Comparado, especialmente iberoamericano.

5 Cf. W. DAÜBLER, "Comparison of Labor Law in Socialist and Capitalist Systems": Comparative Labor Law, vol. 4, N° 2, 1981, p. 79-98. D. ZISKIND, Finger - Prints on Labor Law: Capitalist and Communist": Ibid., p. 99-114.

6 Entre los estudios comparados del derecho de huelga, cf. esp. G. BOLD et alii, "Greve et lock-out", Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, Collection Droit du Travail, T. V, Luxemburgo, 1961; O. KAHN-FREUND & B. HEPPLER, "Laws against strikes", Fabian Research Series, 305, Londres, 1972; Manuel ALONSO GARCIA, "La huelga y el cierre empresarial", Publicación del Instituto de Estudios Económicos, Colección Estudios, Madrid, 1979; Tiziano TREU, "Prévention et règlement des conflits collectifs du Travail dans les pays membres de la Communauté Economique Européenne", Rapport C.E.E., V. 1173/79-FR, Bruselas, 1979; Organisation de Coopération et de Développement Economiques (O.C.D.E.), "Les conflits du travail. Vue d'ensemble", París, 1979; Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, "Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers. The Freedom of the Worker to Organize. La liberté syndicale des salariés", Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New-York, 1980, 2 Tomes. A. P. BAYLOS GRAU, "El Derecho de Huelga en los servicios esenciales para la comunidad", Tesis Doctoral, Editorial de la Universidad COMPLUTENSE de MADRID, Servicio de Reprografía, Departamento de Derecho del Trabajo, 1981, 748 p. dactil.

Puede proponerse un enfoque comparativo de la huelga en el sector público en dos tiempos. En primer lugar, es conveniente examinar los antecedentes que condicionan el tratamiento jurídico de la utilización de armas esencialmente colectivas en el sector público (I). En segundo lugar, la huelga puede estar prohibida o llegar a ser un derecho reconocido a los trabajadores o a ciertos trabajadores del sector público. Es necesario, pues, informar de las diversas técnicas jurídicas que encuadran o reglamentan la huelga (II).

Desde un principio es esencial constatar que el punto de vista jurídico no puede bastar para estos efectos. Es preciso, entonces, empeñarse en el terreno del análisis sociológico. Sin embargo, la sociología del Derecho permanece aún poco desarrollada,⁷ y todavía menos, sin duda, la sociología del Derecho del trabajo, dado que ciertamente cada cual prefiere encastillarse en un aparente rigor científico rechazando todo método jurídico o sociológico que pondría en tela de juicio sus respectivos supuestos ideológicos confesados o no.⁸ Esta observación es válida, asimismo, para el conjunto del Derecho del trabajo.⁹

I. LOS DEBATES PREVIOS

Se ha observado pertinentemente que "el universalismo es, a la vez, la fuerza y la debilidad del derecho comparado".¹⁰ Tomemos el partido

7 Cf. Sin embargo, J. CARBONNIER, "Sociologie juridique", Presses Universitaires de France, Collection Thémis-Droit, París, 1978. A. J. ARNAUD, "Critique de la raison juridique. I Ou va la sociologie du droit?": Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de philosophie du droit, París, 1981. Hay que subrayar también importantes contribuciones como la iberoamericana. Cf. esp. Mario DE LA CUEVA, "El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, Principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales", Editorial Porrúa, S. A. México, esp. T. I, 1980.

8 Dos escollos importantes deben evitarse: tanto el "fetichismo jurídico" como el "sociologismo". Es necesario, pues, recurrir a un análisis, muy difícil pero el único pertinente: el de "síntesis social". (Cf. J. C. JAVILLIER, "Droit du travail", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 2ª ed., 1981 esp. p. 23 y s., N° 11 y s. Edición en lengua española, "Derecho del Trabajo", Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1982. Puesta al día al 17 de octubre de 1981, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1982).

9 Debe prestarse gran atención a los "Yo no sé qué y que el casi nada" de los que habla con particularidad y profundidad M. V. JANKELEVITCH (T. I, "La manière et l'occasion"; T. 2, "La méconnaissance"; T. 3, "La volonté de vouloir"; Editions du Seuil, París, 1980). En efecto, aquellos "yo no sé qué y casi nada", a menudo marcan la diferencia. (Para una presentación de las múltiples facetas que revisten las teorías unitarias o pluralistas en el Derecho del Trabajo. Cf. J. C. JAVILLIER, "Dits et non-dits sur le droit du travail", in Memoriam Sir Otto KAHN-FREUND", C. H. BECK SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1980, esp. p. 493-502).

10 R. DRAGO, in Préface aux Journées de la Société de Legislation Comparée, 1979: Société de Législation Comparée, Librairies Techniques, París, 1981, p. 1.

de la fuerza y subrayemos la necesidad de hacer mención de ciertos debates fundamentales antes de dedicarnos al examen de las normas relativas a la huelga en el sector público. Es que, en efecto, hay que afirmar previamente la imposibilidad de separar estas normas del conjunto de conceptos relativos a las relaciones jurídicas entre el Estado y sus agentes, los servicios públicos y las empresas de interés nacional y sus asalariados. El tratamiento jurídico de la huelga presupone un análisis tanto de la situación jurídica del "trabajador" como de la del "empleador". Sin este debate previo, no puede existir una comprensión seria de las normas (A). Pero hay que confrontar esta diferenciación técnica con las interrogaciones sociológicas (B).

A. La diferenciación técnica

La prudencia del especialista en derecho comparado le conduce naturalmente a comenzar por el examen de su propio terreno de análisis, es decir el de su Estado o agrupación regional de Estados. Debido a esta causa, no es sorprendente que concedamos, en el curso de estas páginas, una importancia excesiva tanto a Francia como a Europa Occidental.¹¹

La situación de los trabajadores en el sector público es muy variable. Esta diversidad de situaciones, por lo demás, se ha acrecentado desde el siglo XIX. Esto se debe, sin duda alguna, a la extensión de la intervención del Estado. Puede formularse una hipótesis, que debe verificarse convenientemente: las condiciones jurídicas, después de haberse diversificado, ¿han hecho desaparecer sensiblemente las distancias entre el sector privado y el sector público? Tanto las prácticas como las normas, especialmente las internacionales,¹² ¿han retenido ciertos principios comunes fundamentales?

Para intentar clarificar el debate, se puede introducir aquí una diferencia de terminología: función pública, servicios públicos y sector de interés nacional.

11 Demás está decir que los análisis relativos a Francia, presentados más adelante, no implican para nada un presupuesto de modelo o de superioridad jurídica. No hay que ir más lejos que la explicación del comparatista, quien tiene en cuenta el campo que él considera conocer mejor, para no incurrir en las justas críticas que podrían formularse: comparar es hablar de todo lo que se conoce mal, para evitar demostrar sus debilidades de análisis respecto a aquello que se debería conocer mejor.

12 Cf. La convención y la recomendación de la O.I.T. sobre las relaciones de trabajo en la función pública, 1978. (Cf. Revue Internationale du Travail, "La 64e. session de la Conférence Internationale du Travail, Juin 1978": 1978, vol. 117, N° 6, ver esp. p. 712-714).

1) La función pública y el orden público

En los orígenes, en numerosos países, es el *Estado-gendarme* quien predomina. El Estado está encargado ante todo de mantener el orden, especialmente el orden político. El Estado-empleador, está, pues, vinculado a los ciudadanos que ejercen funciones particularmente importantes para el conjunto de la sociedad, de *mantención* del orden público.¹³ La situación jurídica característica es entonces la de la "*función pública*". Esta podría ser definida como una relación de tipo desigual entre el Estado y los trabajadores, quienes están sometidos a un estatuto particular. En los países que practican la distinción entre derecho "público" y derecho "privado", la situación de los funcionarios depende, en lo que concierne a su trabajo, solamente del derecho público.

Pero este análisis no basta, pues el derecho público puede promover o consagrar normas comparables a un Derecho del Trabajo aplicable en el sector privado. ¿Cuáles pueden ser las implicaciones concretas de una tal terminología? ¿Se puede considerar la posibilidad de una relación de asalariado, es decir comparable a las relaciones que pueden tener empleados y asalariados en el sector privado, en las empresas que son del dominio del derecho del trabajo, y más generalmente del derecho privado? ¿Los funcionarios son asalariados subordinados a un empleador especial que es Estado? El debate es todavía, y muy a menudo, bastante vivo, pues la doctrina se presenta en extremo dividida al respecto, aún en este fin del siglo XX.

A nadie puede escapar la importancia y complejidad de la cuestión, sobretodo en una época en que se desarrollan derechos para los asalariados, no sólo en un terreno individual (remuneración mínima, duración del trabajo, vacaciones pagadas, higiene y seguridad, etc.) sino también en el terreno colectivo (libertad de organizarse colectivamente, libertad sindical, libertad de adherir a sindicatos de asalariados, etc.). Se han avanzado numerosas teorías¹⁴ que requieren ya sea la prohibición, ya sea un severo encuadramiento de la huelga en la función pública.

Sin duda la teoría más radical, que excluye toda posibilidad de relaciones "de trabajo" entre el Estado y sus agentes, es aquella que hace pre-

13 El orden público puede ser definido como "la síntesis de los temas jurídicos que definen una sociedad dada". (G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, T. I, *Présentation de l'univers juri-politique*, vol. I, *Société politique et droit*; Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1980, p. 291, N° 176). Conviene reflexionar sobre las concepciones del Estado, inseparables de las orientaciones esenciales tomadas por el Derecho de Trabajo en cada país. (Cf. F. CHATELET y E. PISIER-LOUCHNER, "*Les conceptions politiques du XXe. siècle*", P.U.F., *Thémis - Sciences politiques*, París, 1981).

14 Cf. esp. Efrén CORDOVA, "*Les relations professionnelles dans la fonction publique en Amérique Latine*", *Revue Internationale du Travail*, 1980, vol. 119, N° 119, N° 5, esp. p. 635-636.

dominar el aspecto *unilateral* y *jerárquico* de la situación. El funcionario está totalmente sometido al Estado, el cual encarna el *interés general*. Este análisis es completamente institucional. Algunos sociólogos tales como Max WEBER expusieron más sistemáticamente las implicaciones de este análisis; y a menudo los juristas sólo cumplieron el papel de sastres, "cortando" y confeccionando las normas por encargo. "La función acordada al aparato del Estado implica un cierto tipo de organización que permite a los gobernantes disponer de un instrumento dócil y eficaz a la vez. La unidad de dirección constituye, gracias a este hecho, la viga maestra de toda organización burocrática: ella trae aparejada la sumisión de los agentes a una estricta disciplina; ella justifica la autoridad del superior jerárquico a quien los subordinados deben obedecer y quien supervisa su actividad".¹⁵

Es posible entonces negar la existencia de toda divergencia de intereses entre el Estado y sus agentes. Entre éstos y aquél no pueden existir relaciones "de trabajo" pues ambos están al servicio del solo "interés general". No hay lugar aquí para los derechos subjetivos, considerados como "egoístas", los cuales podrían entrar en conflicto con el interés general.¹⁶ Este último es unívoco; y es, sin duda, sobre este fundamento unitario de la sociedad que reposa tal versión de la institución.¹⁷

Ciertamente el análisis precitado debe ser puesto en relación con los diferentes contextos políticos y económicos. A este respecto, el derecho comparado es rico en enseñanzas, tanto como la Historia del derecho público y del derecho del trabajo. Sin duda alguna existe una relación entre las teorías del Estado y de la Función pública y las ideologías de los movimientos obreros y más generalmente de los asalariados. La voluntad revolucionaria exhibida por ciertas corrientes del movimiento obrero seguramente han "ayudado" a ciertos partidarios de la doctrina a formular teorías institucionales unitarias como la que ha sido expuesta sucintamente más arriba.

15 J. CHEVALIER y D. LOSCHAK, "Science administrative", Tomo II, "L'administration comme organisation et système d'action": L.G.D.J., París, 1978, p. 12, N° 596.

16 Una necesaria y escrupulosa reflexión sobre la ideología del interés general debe efectuarse en el campo del Derecho del Trabajo, y no sólo en el terreno del sector público. Parece necesario, sin embargo, tomar en consideración el importante esfuerzo de análisis doctrinal hecho en derecho público en este punto. (Cf. J. CHEVALIER y D. LOSCHAK, op. cit., T. I, p. 358 y s., N° 389 y s. D. TRUCHET, "Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat": Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Public, T. CXXV, Préface de J. BOULOUIS, París, 1977. Faculté de Droit et des Sciences économiques de Reims et Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Reims, "Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général", bajo la dirección de J. CHEVALIER: Presses Universitaires de France, París, Vol. I, 1978 y Vol. 2, 1979).

17 Cf. la problemática puesta de relieve in J.C. JAVILLIER, "Dits et non-dits sur le droit du travail", op. cit., nota 6.

Cada cual está en capacidad, pues, de medir la importancia que puede concederse a la contestación y al conflicto en la conquista del aparato del Estado. La huelga será general y revolucionaria.¹⁸ El reconocimiento de un arma en manos de los funcionarios puede revelarse entonces suicida para el Estado, observándose que sus agentes no persiguen en absoluto un objetivo de mejoramiento de su condición —bajo el exclusivo punto de vista de su "trabajo" y protección social— sino más bien el objetivo es la toma del poder. La huelga no puede ser más que excluida cuando los poderes públicos y sus juristas consideran que toda manifestación de una divergencia de intereses conduce ineludiblemente a la eliminación de uno en provecho del otro. En la mayor parte de los países permanecerá largo tiempo aún el recuerdo o la conciencia que existe una antinomia (relativa o absoluta) entre el arma de la huelga y la estabilidad del Estado. Expresada más o menos radicalmente, en términos directos o no, ésta inspira todavía numerosas teorías jurídicas. El orden público no puede continuar siendo el "noyau dur" (núcleo-duro) sino en la medida en que él no se doblegue ante las relaciones de hecho y de fuerza. Y aún más, hay quienes transfieren este propósito a otro terreno: el del servicio público.

Evidentemente, las teorías precitadas han sido, desde hace largo tiempo, vivamente refutadas. De ellas se desprende, especialmente, que puede efectuarse una disociación entre divergencia de intereses profesionales y defensa del interés general. Esto no deja de recordar los debates que han tenido lugar en determinados países a comienzos del siglo XX sobre el contrato de trabajo, implicando éste una subordinación de un individuo (el asalariado) respecto a otro (el empleador). El contrato de trabajo había sido, pues, considerado como inconciliable respecto a ciertas actividades.

¿Un médico o un cirujano podían, en el ejercicio de su arte, estar situados bajo la subordinación directa de un empleador? ¿La independencia necesaria a la realización del acto médico, no se opone a la existencia de un contrato de trabajo? Sin embargo, la mayoría de las veces, la argumentación ha cedido frente a la realidad, dado que existen muchas versiones más o menos constrictivas de la subordinación. Esta, por ejemplo, puede limitarse tan sólo a la integración del trabajador en un servicio determinado. Y respecto a la subordinación misma, física y psicológica, aún quedan muchos análisis por hacer. En general, el derecho de las obligaciones se mantiene en un plano de discreción molesta para el investigador.¹⁹

18 Algunos autores distinguen pertinentemente las concepciones "para-revolucionarias" de la huelga, de aquellas constitucionales. (Cf. esp. Bernardo DA GAMA LOBO XAVIER, "A licitude dos objetivos da greve (A propósito do artigo 59, N° 2, da constituição)": Revista de Direito e Economia, Lisboa, N° 2, Julho/Dezembro 1979, p. 267-315).

19 Se comparta o no el punto de vista de Georges RIPERT, es necesario rendir un homenaje a sus virtudes de análisis y a su lucidez respecto a muchos mecanismos del derecho. Para este autor "es la persona humana quien es, en realidad, el objeto mismo del contrato al mismo tiempo que es el sujeto de él". (Traité élémentaire de droit civil, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París,

Poco importa la calificación otorgada o la rama del derecho en la cual se inserte, un derecho "del trabajo" en la función pública se ha desarrollado de hecho. En ciertos países, este derecho, por lo demás, ha podido servir de modelo para determinadas cuestiones. Así sucede en efecto con el derecho disciplinario que ha sido explicitado a este respecto, y a menudo, de manera muy desarrollada. Ciertas garantías, tales como: el respeto de los derechos de defensa para el funcionario, antecedentes para la instrucción del expediente (comunicación de este último, examen de él por un organismo paritario, etc.), han sido consideradas por los trabajadores y por los sindicatos del sector privado como un objetivo a alcanzar por la vía legal o convencional. De igual modo, las posibilidades de organización colectiva, especialmente sindical, se han facilitado, a veces, en la función pública por medio del reconocimiento de dispensas de servicio, de las posibilidades de afectación o destinación provisoria en otras funciones administrativas (comisión de servicios) para aquellos funcionarios provistos de mandatos sindicales, etc.

Por último, es necesario subrayar la evolución que desde un punto de vista se ha producido a nivel internacional. En primer lugar, se han creado múltiples organizaciones internacionales que emplean un numeroso personal. En otras palabras, los funcionarios internacionales poco a poco han ido gozando del beneficio de estatutos que implican derechos individuales y colectivos²⁰. En este terreno ha habido, sin duda, un desarrollo de la libertad sindical; han ocurrido conflictos laborales. La posibilidad de hacer huelga es a veces objeto de vivas controversias. El derecho de huelga no ha sido expresamente prohibido, dado que puede ser considerado como incluido en el reconocimiento de los derechos sindicales.²¹ Por último, ciertos

11ª edición, 1935, p. 382 y s., N° 997 y s. J. M. ANGULA A., "El trabajo humano objeto de contrato", en "Estudios sobre derecho laboral. Homenaje a Rafael CALDERA", Universidad Católica Andrés Bello, Ed. Sucre, Caracas, 1977, T. I., p. 627.

Estas obras sugieren un análisis tanto del Derecho del Trabajo como de la función pública, en términos de liberación y de sometimiento del asalariado y del funcionario (Cf. A. SUPLOT, "Le juge et le droit du travail": Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Burdeos I, 1979, esp. p. 40-120).

20 Ya sea se trate de instituciones especializadas de la O.N.U., de organizaciones regionales, de Agencias especializadas, etc. Para un enfoque general, cf. A. PLANTEY, "Droit et pratique de la fonction publique internationale", Ediciones del Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1977. G. VANDERSANDEN, "La liberté syndicale des fonctionnaires des organisations internationales", in "Die Koalitionsfreiheit Arbeitnehmers...", op. cit., nota 6, t. 2, p. 1183-1232.

21 En este sentido, Cf. G. VANDERSANDEN, "La liberté syndicale des fonctionnaires des organisations internationales", art. cit., nota 19. Para este autor, es necesario "admitir que el ejercicio del derecho sindical conlleva el derecho de recurrir a todas las actividades de que los sindicatos pueden legítimamente prevalerse, incluido, así parece, el recurso a la huelga", op. cit., p. 1210.

acuerdos generales ("accords-cadres"), firmados entre las instituciones y los sindicatos, prevén una reglamentación del derecho de huelga.²² Esta, entonces, ha sido o bien tolerada o bien "encuadrada", en marcos cuyas modalidades varían grandemente.²³

En segundo lugar, es necesario señalar los trabajos preparatorios y las normas internacionales que se refieren a la situación jurídica de los funcionarios en materia de trabajo. Es así que la 64ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo que tuvo lugar en Ginebra en junio de 1978 ha adoptado una convención y una recomendación sobre las relaciones de trabajo en la función pública.²⁴ Además de las disposiciones precisas contenidas en esta convención, y en esta recomendación, es necesario subrayar dos elementos esenciales para nuestro propósito.

Por una parte, una cuestión había sido objeto de vivas controversias tanto durante los trabajos preparatorios como en el curso de la Conferencia misma: la que se refiere a la determinación de las categorías de funcionarios englobados en la convención internacional. Finalmente se efectuó una distinción, basada en el principio de un reparto según fuesen las funciones ejercidas. La norma internacional es aplicable "a todas las personas empleadas por las autoridades públicas, en la medida en que no les sean aplicables las disposiciones más favorables de otras convenciones internacionales del trabajo".²⁵ Sin embargo, inmediatamente a continuación, se instituyó la excepción concerniente a determinados agentes cuyas con-

22 Cf. Los acuerdos generales concernientes a las relaciones entre la Comisión de Comunidades Europeas y las organizaciones sindicales y profesionales, de 20 de sep. de 1974 y 31 de marzo de 1977, reprod. in Annexe III del Informe precitado de G. VANDERSANDEN, p. 1227-1232.

23 Queda por observar la elaboración de un derecho de la función internacional, así como informar de su equiparación o no con el derecho del trabajo (del sector público) de los diferentes países miembros de estas organizaciones. Cf. esp. A. PLANTEY, "Droit et pratique de la fonction publique internationale": Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, op. cit., esp., p. 150 y s., N° 422 y s. - D. RUZIE, "Les relations entre l'administration et le personnel des organisations": Annuaire International de la Fonction Publique, París, 1971-1972, p. 325. En el marco de la C.E.E., Cf. G. VANDERSANDEN, "Le droit de greve des fonctionnaires communautaires": Revue du Marché Commun, París, 1971, p. 461. En el marco de la O.N.U., Cf. Y. BEIGBEDER, "La greve dans les institutions des Nations-Unies": Revue Belge de Droit International Public, 1975, p. 968. Una comparación se impone con el estatuto de los funcionarios de los países socialistas en el marco del COMECON (Consejo de Asistencia Económica Mutua) (Cf. V. MRATCHKOV, "Le régime juridique du travail des ouvriers et des employés des organisations internationales de gestion des pays membres du CAEM": Revue Internationale de droit comparé, Journées de la Société de législation comparée, Année, París, Librairies Techniques, 1981, p. 299).

24 Cf. Revue Internationale du Travail, "La 64eme session de la Conférence internationale du Travail, Juin 1978": 1978, Vol. 117, N° 6, esp., p. 712 y s., "Liberté syndicale et procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique".

25 Revue Internationale du Travail, op. cit., p. 713.

diciones de empleo y las respectivas relaciones de trabajo son determinadas exclusivamente por la legislación nacional.

Se trata en este caso de los "agentes de alto nivel, cuyas funciones son normalmente consideradas como concernientes a la formulación de políticas a seguir o a tareas de dirección, o a los agentes cuyas responsabilidades tienen un carácter altamente confidencial, en las fuerzas armadas o en la policía".²⁶

Por otra parte, el principio que se retuvo fue el de una "adaptación", de una "transposición" a la función pública de las normas internacionales que existen en materia de negociación colectiva, las cuales no les eran aplicables hasta entonces. Las garantías que deben gozar los funcionarios están, pues, calcadas de las normas relativas al derecho de organización y de negociación colectiva (convención N° 98 de 1949). Sucede lo mismo en lo que respecta al reglamento de los litigios laborales. Sin embargo, si la cuestión del derecho de huelga ha sido muy discutida en el seno de la comisión, la convención no ha hecho mención alguna al respecto. A decir verdad, la situación no es diferente de aquella de los trabajadores del sector privado, puesto que las convenciones y recomendaciones de la O.I.T. no consagran expresa y directamente el derecho de huelga.²⁷ Aunque el fenómeno pueda ser enfocado de cerca por las normas internacionales, él permanece tan "candente", que la mayoría de las veces la prudencia diplomática aconseja eludir el concepto.²⁸

2) Los servicios públicos y la continuidad.

Las intervenciones del Estado van multiplicándose.²⁹ Ya no se trata tan solo del control del orden público, de la mantención de un orden

²⁶ Ibidem.

²⁷ Debe precisarse, sin embargo, que una importante jurisprudencia sobre esta cuestión emana de la actividad de los diferentes órganos de control, especialmente el Comité de la libertad sindical. Las prohibiciones absolutas son consideradas como excesivas, o al menos que ellas deben acompañarse de medidas de salvaguardia para la protección de los intereses profesionales de los trabajadores (Cf. N. VALTICOS, "Droit International du Travail", Traité DALLOZ du Droit du Travail, T. VIII, París, 1970).

²⁸ Existen sin embargo, algunas excepciones. El primer texto internacional que reconoció directa y expresamente el derecho de huelga es la Carta Social Europea firmada en el marco del Consejo Europeo (1961, art. 7. Cf. N. VALTICOS, *ibid.*, p. 273 y 274, N° 277).

²⁹ En la lista de los "servicios públicos" dada por el Código del Trabajo de Costa Rica (Ley N° 2 del 27 de agosto de 1943; La Gaceta, año LXXI, del 7 de nov. de 1949, N° 25, p. 2069). Trad. B.I.T., serie legislativa, 1949, C.R. 3), el artículo 369 (modif. esp. en 1954), nótese los puntos c (transportes, puertos, etc.) y d (hospitales, propiedad y alumbrado municipal, etc.).

Cf. B. VAN DER LAAT, "La Huelga y el Paro en COSTA RICA (Los Conflictos colectivos de trabajo según la legislación de Costa Rica)": Editorial Juricentro, San José, 1979, esp. "Limitaciones al Derecho de Huelga", "El concepto de servicio público en el Código de Trabajo", p. 74-89.

político, sino también de la intervención en el dominio diversos: pre-ocupación por mantener la independencia del Estado frente a las potencias económicas, a las presiones extranjeras, la firme voluntad de controlar ciertos sectores claves para la estabilidad de las instituciones políticas, etc.

Se desarrolla una ideología: la del servicio público.³⁰ El Estado toma a su cargo la gestión de los servicios en el interés del conjunto de los ciudadanos. Por esta razón se asocia al Estado el principio de *continuidad*. Puesto que se trata, para el conjunto de los ciudadanos, de servicios de una importancia capital, el Estado tiende a que éstos no puedan ser interrumpidos. Ya sea que se trate del agua, del gas, de la radio o de la televisión, de la salud o del bienestar mínimo de los ciudadanos, la interrupción de los servicios es considerada como necesariamente grave.

Sin embargo, en un plano jurídico, y sociológico, en numerosos países la situación difiere sensiblemente de la que se observa a propósito de la función pública, y del orden público. La idea de una relación "de trabajo" entre un empleador (el Estado) y los asalariados (los agentes de los servicios públicos) no parece chocar a los espíritus más clásicos. Por cierto, la construcción jurídica puede variar grandemente: estatutos particulares derogatorios de los de la Función pública, contratos de trabajo (de derecho público, incluso de derecho privado), etc. Puede aceptarse incluso el reconocimiento de las libertades colectivas: libertad de asociarse, de sindicarse. En cuanto a la huelga, ella puede tener derecho de ciudadanía jurídica. Pero su reconocimiento choca con uno de los "pilares" del orden jurídico en el dominio de los servicios públicos: el principio de la continuidad.

Esto podría constituir una nueva situación normativa. La existencia de un servicio público como tal, podría no oponerse al reconocimiento jurídico de la huelga. Pero, según algunos, es necesario inmediatamente articular, conciliar este derecho con los principios considerados fundamentales. El orden público ya no es perturbado por el solo hecho que los trabajadores recurran a un procedimiento de lucha colectiva. El orden público podría sufrir si dicho procedimiento perturba en forma demasiado grave la misión que el Estado entiende realizar por medio de sus servicios públicos. El reconocimiento de la huelga implicaría entonces una cierta proporcionalidad entre el procedimiento de lucha utilizado y los resultados pretendidos por los trabajadores.

En realidad, es necesario medir aún las implicaciones de esta nueva perspectiva en cuanto al reconocimiento de la huelga en un terreno jurídico. En efecto, la cuestión previa ha sido, desde luego, el reconocimiento

³⁰ La terminología es variada en extremo: servicios "esenciales", "públicos", o aún de "utilidad pública". (Cf. A. S. BRONSTEIN, "Las relaciones laborales en las empresas estatales de América Latina", O.I.T., op. cit., Ginebra, 1981, esp., p. 92 y p. 15, "Ensayo de Tipología").

de una relación entre el Estado y sus agentes sobre bases consideradas por el conjunto del Derecho del Trabajo. El Estado deviene casi "empleador" en el sentido habitual. Es decir que él tiene derechos pero también obligaciones, la ejecución de las cuales puede ser exigida por los trabajadores. La relación jurídica es incluso flexible. A diferencia de un estatuto de la Función pública caracterizado por la imposibilidad de ser modificado directamente mediante un acuerdo entre el Estado y sus agentes, en el marco de los servicios públicos, la flexibilidad de las normas, es, en cierta medida, cuestión de cada una de las partes interesadas.

La flexibilidad tendría entonces un límite, aquel señalado por la continuidad del servicio público. Al respecto, la mayoría de las veces, entonces, corresponderá al juez fijar el umbral de lo intolerable.

Perfectamente revelador de tal punto de vista es el análisis efectuado por el Consejo Constitucional francés. Conociendo de un recurso elevado ante él contra una ley tendiente a limitar las posibilidades de ejercicio de derecho de huelga en los establecimientos públicos de radio y de televisión, el Consejo se pronunció de la siguiente manera:

"Considerando que según los términos del preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946, confirmado por el de la Constitución del 4 de octubre de 1958: "el derecho de huelga se ejerce en el marco de las leyes que lo reglamentan"; que al promulgar esta disposición los constituyentes han tenido la intención de señalar que el derecho de huelga es un principio de valor constitucional, pero que él tiene límites, y han habilitado al legislador a trazarlos efectuando la conciliación necesaria entre la defensa de los intereses profesionales, para la cual la huelga es un medio, y la salvaguardia del interés general al que la huelga podría perjudicar; que, en lo que concierne especialmente a los servicios públicos, el reconocimiento del derecho de huelga no podría tener por resultado obstaculizar el poder del legislador para aportar a dicho derecho las necesarias limitaciones tendientes a asegurar la continuidad del servicio público, la cual, tanto como el derecho de huelga a su vez, posee el carácter de un principio de valor constitucional".³¹

31 Consejo Constitucional, 25 de julio de 1979, decisión N° 79-105 CD.: J.O., julio 1979; A.J.D.A., septiembre 1979, Jur., p. 46 y marzo 1980, p. 191 y las obs. D., 1980, C., L. HAMON, "Greve et continuité du service public: mirage de la conciliation ou modalit  de l'arbitrage?", p. 333; D.S., 1980, nota C, LEYMARIE, "Le droit de greve a la Radiodiffusion-Tel vision française", p. 7; J.C.P., 1981, Ed. G., II, 19547, J. - C. BEGHIN y Ed. C. I, 13519, nota cit. Este contencioso es anterior al cambio político resultante de las elecciones presidenciales y legislativas de 1981; ha sido anunciada por el Gobierno una abrogación de las diferentes disposiciones legislativas restrictivas particularmente y para comenzar la ley del 13 de julio de 1963, relativa al ejercicio del derecho de huelga en el sector público).

Los sociólogos añadirán sin duda una observación que no est  desprovista, por cierto, de consecuencias jurídicas.³² La opinión pública, o por lo menos lo que se puede hacer de ella, a menudo está a la cabeza cuando se trata de requerir la aplicación de normas restrictivas.  No son acaso los usuarios las eternas víctimas de las interrupciones de los servicios públicos? Además, se puede plantear la hipótesis que si para la función pública ciertas interrupciones no son siempre malas a los ojos de los "usuarios" (las aduanas, la policía, etc.), sucede lo contrario con ciertos servicios públicos (los transportes, los correos, etc.).

De allí la posibilidad de un requerimiento ( suscitado por algunos?) de limitación e incluso de prohibición de la huelga en esos servicios. Ciertos espíritus, y no sin "mala" intención, encontrarán en ello la ocasión de revelar los sutiles ropajes ideológicos a los que se presta tan bien la huelga y su impugnación jurídica.³³

El reconocimiento jurídico de la huelga en los servicios públicos va acompañado, pues, lo más a menudo, de una extrema reticencia de las autoridades públicas y de los jueces. Las obligaciones propias de este sector parecen justificar para muchos un marco normativo que disminuye seriamente el alcance real de dicho reconocimiento, aun cuando éste sea formulado como un principio general.³⁴

Tal como será examinado más adelante, el reconocimiento se efectúa, jurídicamente hablando, de una u otra forma, "de los dientes para afuera": el derecho se mantiene precario y diversos procedimientos permiten diferir

32 Cf. esp. R. HYMAN, "Strikes", FONTANA/COLLINS, Glasgow, 3d. Impression, 1978, esp. "Strikes and Society", p. 140 y s. - S. CHRISTENSEN, "Unions and the Public interest. Collective bargaining in the Government sector", The FRASER Institute Vancouver, 1980.

33 Para Roland BARTHES, es la ocasión de revelar una mitología ("Mythologies", Ed. du Seuil, París, Collection Point, N° 10, 1957, p. 134 y s.): "Es que en efecto nosotros volvemos a encontrar aquí un rasgo constitutivo de la mentalidad reaccionaria, que consiste en dispersar la colectividad en individuos y el individuo en esencias (...) Oponer el huelguista al usuario, es constituir el mundo en teatro, extraer del hombre total un actor particular, y confrontar estos actores arbitrarios en el embuste de una simbólica que finge creer que la parte no es más que una reducción perfecta del todo" (op. cit., p. 135 y 136). Barthes concluye: "La paradoja es que el hombre pequeño burgués invoca lo natural de su aislamiento en el momento preciso en que la huelga lo curva bajo la evidencia de subordinación" (op. cit., p. 137).

34 A título de ejemplo, se puede analizar la decisión tomada por la Corte Constitucional de Italia (N° 222) el 2 de agosto de 1976, relativa al sector hospitalario (expuesta y comentada en los International Labour Law Reports, SIJTHOFF y NOODHOFF, Alphen aan den Rijn, vol. 2, 1975/1976, p. 270).

(N.B.) Esta expresión no debe ser asimilada a la "ideología de la seguridad nacional" tal y como se ha desarrollado en ciertos países de América Latina, Cf. esp. P. MENDEZ-FETTER, "Crisis de confianza en la Justicia": MENSAJE, Santiago de Chile, N° 284, Noviembre 1979, esp. p. 719-728). Sin embargo, en el fondo, existen sin duda algunos paralelos que se pueden establecer a partir del concepto de "seguridad".

su ejercicio en el tiempo. El arma podrá ser utilizada, pero en la medida en que ella haya perdido su excesiva nocividad. Los procedimientos y plazos de espera previos a la huelga, de origen administrativo o judicial, permiten velar por el principio de la continuidad de los servicios esenciales. El concepto de orden público hubiese permitido, normativamente, la absoluta continuidad. El principio de continuidad, en sus diferentes acepciones, podrá conducir a resultados próximos.

Pero la intervención del Estado se ha desarrollado a veces en sectores que no pueden ser considerados como esenciales para la vida de la Nación. De los servicios públicos, ¿no se pasará al sector público?

3) *El sector público de interés nacional (N. B.) y la seguridad tecnológica*

El Estado no interviene sólo para asegurar ciertos servicios considerados como esenciales para el país, sino que él deviene "empresario" por diversas razones (políticas, económicas, etc.). Esta intervención reviste formas jurídicas muy variadas. De esta manera, ocurre que el Estado pase a tener ingerencia en las empresas comerciales ya existentes, las cuales están, pues, sometidas al derecho "común" del trabajo. Es decir que no existe ningún particularismo que distinga las relaciones jurídicas entre el empleador (el Estado, total o parcialmente) y los asalariados de la empresa. Así sucede también con las relaciones colectivas de trabajo. Los trabajadores pueden organizarse colectivamente con plena libertad adherir o no al sindicato de su elección, utilizar los procedimientos de lucha reconocidos para todos los asalariados.

Sin embargo, se efectúa a veces un paralelo entre el sector de interés nacional y los servicios públicos. Las empresas que se encuentran total o parcialmente bajo el control —directo o no— del Estado, desean para ellas la aplicación de principios y técnicas jurídicas propias de los servicios públicos, invocando especialmente la necesidad de la continuidad de sus servicios. Su argumentación principal se basa en la importancia y en los riesgos que reviste para la colectividad sus respectivas producciones y servicios.

La existencia de un sector de interés nacional diferenciado del servicio público por la aplicación del derecho "común" del trabajo y de las sociedades comerciales, no excluye, sin embargo, un tratamiento "diferenciado" de la huelga. Sucede que los jueces lleguen a aplicar a este sector determinados principios que ellos extraen de las técnicas propias de los servicios públicos. De esta manera el principio de continuidad podrá ser aplicado mucho más allá de los servicios públicos esenciales. Tanto la presencia de inversiones públicas como la importancia económica de un determinado sector para la vida nacional, podrán ser considerados como justificantes de un tratamiento jurídico particular. Dicho tratamiento, restrictivo en el campo de las relaciones colectivas de trabajo y muy especialmente de la huelga, se funda la mayoría de las veces en silogismos,

expresados en términos de principios generales del derecho, y de manera alguna en normas particulares.

A este respecto, debe prestarse una especial atención a las incidencias de la tecnología sobre el tratamiento jurídico de los conflictos del trabajo, tanto en el sector público como en otros sectores. Un tratamiento jurídico diferencial corresponde, ya no sólo al dominio de intervención económica del Estado sino también al sector que representa altos riesgos, riesgos tecnológicos mayores, para la población.

En realidad, en numerosos países, sectores tecnológicos de vanguardia van acompañados de una intervención más o menos importante, directa o no, del Estado, especialmente a través de ayudas en el campo de la investigación o de la protección de la población. Así ocurre en el sector del átomo. Dado que este último a menudo está ligado a intereses militares y estratégicos, el Estado le confiere una particular atención. A causa de que los riesgos para la población son inmensos, especialmente en lo que concierne a las posibles consecuencias de violaciones de las reglas relativas a la higiene y a la seguridad, el Estado puede rodear esta producción de un cierto número de limitaciones de las condiciones de ejercicio de las libertades colectivas, especialmente del derecho de huelga.

El concepto de *riesgo tecnológico mayor* es, sin duda alguna, el origen de un tratamiento jurídico particular para los nuevos "sectores públicos", definidos no ya por el dominio estatal directo o no de las estructuras jurídicas de la empresa, sino por las condiciones de la producción y la intervención en ésta previa o posterior, del Estado. El jurista debe estar consciente de las consecuencias profundas, sobre sus propias técnicas, de las evoluciones tecnológicas sobrevenidas en este fin de siglo.³⁵

La evolución de nuevas tecnologías de alto riesgo para la población ha originado, sin duda, un importante sector de interés público; por ello, normas particulares se le han adscrito, normas cuya característica común estriba, ciertamente en el hecho de ser restrictivas en relación al conjunto de normas aplicables a las empresas sujetas a un derecho (común) del trabajo.

³⁵ A este respecto se puede realizar un paralelo con la evolución tecnológica de fines del siglo XIX, la que tuvo importantes consecuencias en el campo del derecho civil: los mecanismos del derecho de las obligaciones fueron ampliamente sometidos a discusión para responder a las necesidades en materia de indemnización a consecuencia de nuevos riesgos (explosión de máquinas, etc.). Ciertas recientes evoluciones del derecho del trabajo deben relacionarse sin duda a los nuevos riesgos de catástrofes. Para un enfoque sociológico, cf. esp. Patrick LAGADEC, "Le risque technologique majeur. Politique, risque et processus de développement", Pergamon Press, París, Oxford, Nueva York, Sydney, Francfort, colección Futuribles, 1981; "La civilisation du risque. Catastrophes technologiques et responsabilité sociale", Ed. du SEUIL, colección "Science ouverte", París, 1981.

De manera más general y a la vez más grave, llama fuertemente la atención del observador las importantes limitaciones a las libertades públicas que se han efectuado de esta manera. Son numerosos aquellos que han subrayado el "costo" que en este terreno se ha debido pagar por los progresos tecnológicos de nuestro fin de siglo.³⁶ Cada cual se encuentra confrontado a las nuevas y delicadas cuestiones que resultan de los riesgos considerables que para la población representan ciertas producciones, especialmente las atómicas. ¿Debe realizarse entonces una nueva conciliación entre la utilización por parte de los trabajadores de procedimientos de lucha y la seguridad de las personas y bienes?

Siempre en este mismo terreno, existen decisiones administrativas o judiciales que toman en consideración la importancia práctica e inmediata de este planteamiento. Conociendo de un recurso contra una ley que reglaba la protección y la utilización de materias nucleares el Consejo Constitucional francés declaraba lo que sigue:

"Considerando que según los términos del preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946, confirmado por el de la Constitución del 4 de octubre de 1958: "el derecho de huelga se ejerce en el marco de las leyes que lo reglamentan"; que al promulgar esta disposición los constituyentes han tenido la intención de señalar que el derecho de huelga es un principio de valor constitucional, pero que él tiene límites, y han habilitado al legislador a trazarlos efectuando la conciliación necesaria entre la defensa de los intereses profesionales, para la cual la huelga es un medio, y la salvaguardia del interés general al que la huelga podría perjudicar; que, en lo que concierne especialmente a la detención y a la utilización de materias nucleares, el reconocimiento del derecho de huelga no podría tener por resultado obstaculizar el poder del legislador para aportar a dicho derecho las necesarias limitaciones tendientes a asegurar la protección de la salud y de la seguridad de las personas y de los bienes, protección que, tanto como el derecho de huelga, a su vez, posee el carácter de un principio de valor constitucional".³⁷

B. Las interrogantes sociológicas

Las diferentes argumentaciones que abogan por un rechazo del reconocimiento del derecho de huelga, o por la imposición de limitaciones

³⁶ Cf. esp. C.F.D.T., "Les dégats du progres. Les travailleurs face au changement technique", Ed. du SEUIL, colección "Politique", N° 85, París, 1977.

³⁷ Consejo Constitucional, 22 de julio de 1980, decisión N° 80-117: J.O., julio 1980; Actualité Juridique de Droit Administratif, 1980, p. 441, nota D. TURPIN, "Le droit de greve face a un nouveau principe de valeur constitutionnel". Este contencioso es anterior al cambio político operado a causa de las elecciones presidenciales y legislativas de 1981. Han sido anunciadas reformas que no ponen en tela de juicio, al parecer, las normas planteadas más arriba.

importantes obstaculizando tal reconocimiento en principio y en la práctica, en el sector público, en los servicios públicos y en la función pública, deben ser confrontadas a interrogantes sociológicos. Cualquiera que sea en efecto la argumentación utilizada, queda siempre por pronunciarse sobre el fenómeno sociológico que constituye la huelga, sobre su interpretación, sobre su "juridización".³⁸

Dos observaciones pueden formularse en este aspecto. En primer lugar, el *concepto jurídico* de huelga lejos está de corresponder siempre a todas las formas de conflicto que pueden existir entre el Estado y sus agentes, entre las empresas públicas y sus asalariados, entre las empresas del sector público y sus asalariados. La huelga muchas veces se reduce a un conflicto "abierto" entre los unos y los otros, incluso entre sindicatos y trabajadores. Pero tal percepción del fenómeno huelga, si bien puede satisfacer al jurista, no puede ser pertinente para quien observe la totalidad de los fenómenos de los conflictos del trabajo. Conflicto abierto también es el recurso a la suspensión del trabajo u otros procedimientos evidentes de lucha (reducción de la producción, ocupación de los lugares de trabajo, etc.). La diversidad de las armas utilizadas por los trabajadores para obtener satisfacción de las diferentes reivindicaciones que ellos pretenden, es considerable.³⁹

La gran diversidad de armas que pueden utilizar los trabajadores para hacer avanzar sus reivindicaciones sugiere, pues, una gran prudencia

³⁸ La literatura al respecto es abundante y sin duda no guarda proporción con la conciencia corriente que poseen los juristas acerca de la complejidad del fenómeno. Cf. esp. R. GUBBELS, "La greve, phénomène de civilisation": Etudes d'économie sociale, Université Libre de Bruxelles, Institut de Sociologie E. SOLVAY, Bruselas, 1962. - F. SELLIER, "Stratégie de la lutte sociale": Les Editions Ouvrières, Collection "Relations sociales", París, 1961. G. SPITAEELS et "Les conflits sociaux en Europe": Editions MARABOUT-SERVICE, Verviers, 1971. G. ADAM y J. - D. REYNAUD, "Conflits du travail et changement social": Presses Universitaires de France, Colección "Sociologies", París, 1978. - L. FRANÇOIS, "Théorie des relations collectives du travail en droit belge": Editions E. BRUYLANT, Colección "droit social", Bruselas, 1980. - Sir OTTO KAHN-FREUND, "Labour and the Law": STEVENS & SONS, Londres, 2ª Ed. 1977. - Sir OTTO KAHN-FREUND and B. HEPPLER, "Laws against Strikes": Fabian Research Series, N° 305, Londres, 1972. - L. Enrique DE LA VILLA y Carlos PALOMEQUE, "Introducción a la Economía del Trabajo": Editorial DEBATE, Madrid, Vol. II, 1977. - R. HYMAN, "Strikes": FONTANA/COLLINGS, Glasgow, 3ª ed., 1978. - E. BATSTONE, I. BORASTON, S. FRENKEL, "The Social Organization of Strikes": Warwick Studies in Industrial Relations, BASIL BLACKWELL, Oxford, 1978. - C. MOREL, "La greve froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal": Les Editions de l'Organisation, Préface J. - D. REYNAUD, París, 1981. - G. CAIRE, "La greve ouvrière": LES EDITIONS OUVRIERES, Colección "Relations Sociales", París, 1978.

³⁹ Para un reciente y sugestivo análisis de la variedad de las armas, Cf. Christian MOREL, "La greve froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal", prefacio de J. - D. REYNAUD, Les Editions d'Organisation, París, 1981, y esp. la Parte I, "Les armes", p. 77 y s., "Les armes non diplomatiques", Comp. - E. BATSTONE, I. BORASTON y S. FRENKEL, "The Social Organization of Strikes," op. cit. nota 31.

en el análisis del alcance real del reconocimiento jurídico o no de la huelga.

En efecto, la prohibición de la huelga no podría, sin embargo, eliminar todas las hipótesis de utilización de procedimientos de lucha por parte de los trabajadores. Podría incluso existir una relación entre el grado de intervención jurídica y la capacidad de "invención" de los trabajadores. Podría elaborarse un inventario de sus múltiples respuestas a dichas normas de prohibición. Pudiendo observarse, empero, que no parece posible reducir la diversidad de los fenómenos de lucha de los asalariados a la situación de simples respuestas frente a situaciones normativas.

Pero, al contrario de la proposición que se acaba de formular, numerosos sociólogos han subrayado asimismo cómo el reconocimiento jurídico de la huelga ha tenido por consecuencia suscitar iniciativas tendientes a mantener "fuera del derecho" (*hors le droit*) el fenómeno de la lucha en el trabajo.

Sería demasiado largo considerar aquí, en toda su complejidad, las "relaciones con el derecho" (*rapport au droit*), que tienen los asalariados, derivadas de sus propias relaciones con el trabajo. Podría ser simplemente que una búsqueda (consciente o no) del "no-derecho" se expresa a través de los conflictos del trabajo. La voluntad de situarse fuera del derecho, de suspender las relaciones de obligación, de sometimiento, que caracterizan todas las relaciones entre el Estado y los funcionarios, entre los empleadores y los asalariados, conducen a un rechazo de la "juridización", incluso parcial, del conflicto de trabajo.

Quizás convendría conceder más importancia de la que aparentemente posee al desfase terminológico que existe frecuentemente entre la huelga como fenómeno sociológico. La terminología utilizada por los mismos huelguistas parece, por su acentuada coloración, por su antagonismo confirmado, contradecir la prudencia y la abstracción de las terminologías jurídicas.

Abundando en la observación que acabamos de efectuar, nos es forzoso dedicar una palabra a una eterna preocupación —incluso angustia— que aqueja a los juristas. El derecho relativo a los conflictos del trabajo, ¿es efectivo?, ¿es eficaz? Es necesario separar las dos órdenes de preocupaciones. La terminología es muy diferente. La efectividad es la medida de la puesta en práctica del derecho. Un derecho efectivo es un derecho que es plenamente respetado. De ahí esa primera constatación: que una ausencia de contencioso no significa en modo alguno una plena inefectividad. ¿No es acaso el derecho más efectivo aquel que no es controvertido? Y sin embargo, algunos subrayan que el criterio del derecho, la medida de un fenómeno de "juridicidad"⁴⁰ reside en la contestación

posible de la norma, lo más a menudo mediante un procedimiento y ante un organismo particular, una jurisdicción. La incertidumbre es total cuando cada cual, frente a una ausencia de contestación de las normas, piensa en una interperitación opuesta. Derecho perfectamente inefectivo. A tal punto, que nadie piensa en impugnar la aplicación de las normas, en discutir sus interpretaciones.

Así pues, llegando al término de una serie de reflexiones sobre los debates previos puede formularse una advertencia. Es preciso, absolutamente, no detenerse de manera exclusiva en las normas relativas a la huelga. Para que el análisis sea pertinente debe conducirse simultáneamente a través de diferentes terrenos. La prohibición de la huelga en el sector público puede revestir significaciones muy diferentes y sus consecuencias pueden ser de un orden especialmente divergente. Algunos llegarán a pensar que la huelga, prohibida, encuadrada con fuerza por el derecho no está lejos de haber regresado a su estado natural ("état de 'nature'"). Si el conflicto participa de la esencia misma de las relaciones entre los hombres y las sociedades, no cabe duda que las normas jurídicas no pueden conducir más que a modificaciones, a transferencias. Si el conflicto, la huelga, no constituyen tan solo fenómenos depresión, sino también de expresión,⁴¹ se tratará entonces de un cambio de planeta para el jurista. Pero quizás es más prudente volver a las normas, para examinar cuáles son las respuestas jurídicas a los procedimientos de lucha en el sector público (*lato sensu*).

II. EL "ENCUADRAMIENTO" NORMATIVO DE LA HUELGA

Sin duda algunas numerosas técnicas jurídicas coexisten en un mismo sistema normativo. Sin embargo, parece deseable proponer una tipología general que permita delimitar mejor los problemas planteados (A). No obstante, el análisis de la diferenciación de las técnicas no es suficiente, puesto que es esencialmente el dispositivo de conjunto el que otorga a las técnicas utilizadas su alcance real. *Regímenes* muy diferentes se aplican a la huelga tanto en el sector público como en el sector privado (B).

A. Las técnicas jurídicas

Las normas relativas a la huelga, consideradas separadamente, son en extremo diferentes unas de otras. Las exigencias de calificación son más o menos detalladas, dependiendo del caso. Sin embargo, puede hacerse una distinción de conjunto. Unas veces son normas generales las que se aplican a la situación de conflicto; en otras palabras, las técnicas son indiferenciadas (1). Otras veces se utilizan técnicas propias,

⁴⁰ Cf. J. CARBONNIER, "Sociologie juridique", op. cit., nota 7, esp. "La distinction du juridique et du social nonjuridique", p. 174 y s.

⁴¹ Cf. J. - C. JAVILLIER, "Les conflits du travail", Preses Universitaires de France, colección "Que sais-Je?", N° 1638, 2ª ed., París, 1981, esp. 11, N° 3.

diferenciadas (2). Evidentemente lo que ocurre más a menudo es que ambas clases de técnicas se utilizan simultáneamente. Pero frecuentemente pueden observarse al respecto ciertas características "dominantes".

1) *Las técnicas indiferenciadas*

Los primeros pasos de todo trámite jurídico corresponde al de la *definición* de una situación y al de su *calificación* respecto al Derecho. Y cada cual bien sabe que este último puede tomar partido por no hacerse cargo más que de ciertos hechos. Al rehusar tomar en consideración ciertas situaciones, el Derecho entiende rechazarlas. Así sucede con la definición jurídica de la huelga. Que esta última provenga de la ley, de la jurisprudencia o de la doctrina, los elementos que se retienen para su definición constituyen otras tantas limitaciones. Definir mejor puede equivaler a veces a restringir las posibilidades de acción de los interesados. La libertad o el derecho reconocidos se limitan en efecto al campo tomando en consideración por la definición.

No carece de interés subrayar aquí que existen en numerosos sistemas jurídicos diferentes definiciones de huelga según se trate del sector "público" o del sector "privado". De esta manera se puede denotar una tendencia a excluir todo tinte político de la huelga desde el momento en que el Estado está directamente o indirectamente concernido por el conflicto del trabajo.⁴²

Asimismo, ciertas modalidades del ejercicio del derecho de huelga están expresamente excluidas de la definición del movimiento considerado como lícito. La idea de una necesaria continuidad en los servicios públicos sugiere la eliminación de procedimientos de lucha que conducen muy pronto a sus utilizadores a desorganizar los servicios. Las huelgas sorpresas, las huelgas escalonadas o por turnos serán expresamente eliminadas en la definición aceptada, y por lo tanto necesaria, para que el movimiento de los trabajadores pueda tener acceso a ese derecho.

De igual modo, es frecuente que ciertos procedimientos de lucha, que acompañan el recurso a la huelga, sean directamente suprimidos, en razón del particularismo de la situación de los trabajadores. Cuando se trata de la función pública, los lugares mismos de trabajo son considerados como excluidos de toda utilización con fines "privados", especialmente cuando se les utiliza para hacer valer intereses profesionales. La ocupación

42 La huelga (solamente) "política" frecuentemente está excluida (especialmente por remisión a una definición del objeto de la acción sindical, que debe permanecer "profesional") la combinación ("mixité") de reivindicaciones permite en el sector privado, más fácilmente, considerar el movimiento como lícito. En el sector público (lato sensu), la teoría de la combinación ("théorie de la mixité") la mayoría de las veces es rechazada.

de los locales de trabajo, la huelga de brazos caídos,⁴³ son expresamente desechadas, entonces, como modalidades de huelga. Por lo demás, a menudo se prevén calificaciones penales por medio de textos represivos. No obstante, es necesario proponerse para tales casos un nuevo orden de reflexión.

Recurrir a las técnicas indiferenciadas significa también, evidentemente, aplicar las sanciones previstas por el derecho del trabajo y las otras ramas del Derecho, interviniendo por supuesto tanto el derecho de la función pública, los estatutos particulares, como el derecho del trabajo.

Aplicar reglas disciplinarias puede dar lugar a ásperos debates; que bastante evocar al respecto el problema que se ha planteado en todas partes, consistente en saber si los funcionarios o los trabajadores del sector público que utilizan procedimientos de lucha ilegales se encuentran o no en una situación comprendida en las disposiciones legales. ¿Tienen derecho los funcionarios de invocar las disposiciones estatutarias que les otorgan ciertas garantías en materia disciplinaria? Puede preverse un respeto mínimo de los derechos de la defensa (derecho a ser escuchado previamente a cualquier tipo de sanción, de ser asistido por un tercero, de obtener la comunicación previa del expediente administrativo, etc.).

Con el fin de evitar toda penetración en el terreno jurídico de la huelga, ciertas legislaciones, como ciertas decisiones de los tribunales de justicia, han excluido expresamente la posibilidad de una aplicación de las reglas estatutarias, en la hipótesis que un conflicto del trabajo haya sobrevenido ilegalmente. Los mismos huelguistas se han colocado fuera de las normas; no pueden pretender beneficiarse de ningún tipo de protección, cualquiera que sea.

A decir verdad, la argumentación no sólo se limita a la huelga en el sector público. En numerosos países, el reconocimiento jurídico de la huelga en el sector privado no ha tenido por consecuencia la exclusión de los mecanismos jurídicos clásicos, tal como la aplicación del derecho de las obligaciones. La huelga ha podido ser considerada como una inexecución culpable de las obligaciones por parte del asalariado. A partir de ese momento, en consecuencia, el empleador al invocar esta culpa, se desliga de todas sus obligaciones contractuales.⁴⁴

43 Las dificultades de la calificación jurídica son aquí evidentes. ¿Cómo distinguir la huelga de brazos caídos de la ocupación de los lugares de trabajo? Esta tendría lugar tanto durante como fuera de las horas de trabajo habituales, mientras que aquélla (huelga de brazos caídos) estaría limitada a estas últimas así como al lugar mismo del puesto de trabajo. Sin embargo, la complejidad del sistema de producción hace a menudo inutilizable tal distinción.

44 Es la técnica llamada de la "toma de acta" o "toma de nota" (prise d'acte). El autor de la ruptura no es aquel que (aparentemente) aleja al asalariado de la empresa. No se trata pues de una revocación o de un despido. Desde ese momento las reglas protectoras del asalariado no entran a actuar. La doctrina denuncia, en todas partes, los peligros de tales calificaciones, subrayando que hay una ficción: ya que se trata del empleador quien ha decidido separarse del asalariado; de esta manera, las reglas relativas a la revocación o al despido deberían, pues, aplicarse.

Fue a menudo bajo el impulso de una crítica doctrinal (a partir de una voluntad de hacer eficaz el reconocimiento de la huelga) que la jurisprudencia y la legislación suprimieron toda técnica de la "toma de acta". ("prise d'acte") ya aludida (cf. nota 44). Esta era la condición previa para hacer triunfar plenamente la técnica de la suspensión del contrato de trabajo a continuación de haber recurrido los trabajadores a la huelga.

Otra técnica indiferenciada de tratamiento de la huelga es la concierne al derecho relativo a la remuneración⁴⁵ percibida por el funcionario, el agente o el asalariado, en contrapartida a su trabajo. Mientras que por regla general se ha consagrado el principio de la proporcionalidad en el sector privado, salvo acuerdo convencional, lo más frecuente es que dicho principio esté excluido en el sector público (lato sensu).

El principio de proporcionalidad conduce a considerar que debe existir una relación entre la duración de la huelga y la pérdida de la remuneración. Esta pérdida debe corresponder a la proporción de la remuneración que el agente habría debido percibir si él hubiera trabajado normalmente. Evidentemente, diversas disposiciones, especialmente convencionales, permiten ampliar la pérdida del salario en relación a la duración de la utilización del procedimiento de lucha, echando mano, especialmente, a los mecanismos del derecho de las obligaciones (convenciones individuales o colectivas de asiduidad, previendo en contrapartida primas por continuidad en el trabajo, etc.)⁴⁶

En el sector público, el respeto del principio de proporcionalidad no está asegurado, incluso en la hipótesis en que la huelga se considere lícita. Se rompe entonces, la relación de proporcionalidad entre la duración de la huelga y la parte de la remuneración retenida.⁴⁷

45 La diferencia terminológica es muchas veces profundamente reveladora de una cierta elección y nos remite a los debates previos mencionados en la Parte I de este informe. Así se hablará de salario para el sector privado y para las empresas del sector público sometidas al derecho del trabajo, y de *tratamiento* para los agentes, funcionarios del Estado. Esto puede constituir un rechazo de un "salarido" en este último dominio.

46 Esto puede plantear delicados problemas relativos a la jerarquía de las normas. La huelga, cuando ella constituye un derecho (especialmente constitucional), puede ser objeto de limitaciones convencionales, aceptadas, pues, por los asalariados? O más aún, si el principio de mejoración de la norma superior por la norma inferior —en el sentido solamente favorable al asalariado— es considerado por el derecho positivo, es normativamente posible un "encuadramiento" del derecho de huelga? El debate apasionará seguramente a aquellos que se declaran partidarios de una concepción kelsesiana del derecho. Cf. esp. N. ALIPRANTIS, "La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque d'Ouvrages de Droit Social, T. XXII, prefacio de la Sra. Prof. H. SINAY, París, 1980, esp. "Les Conventions collectives et la liberté de greve, p. 18 y s.

47 Bajo la reserva de las protecciones que pueden concenir a una parte inembargable de la remuneración, que no es susceptible de ser descontada cualquiera que sea el motivo, a causa de su naturaleza alimentaria. De igual modo, estas últimas reglas pueden conducir a una progresividad del descuento y a su escalonamiento en el tiempo.

Tal caso se presenta, por ejemplo, cuando se aplican las reglas de contabilidad pública que prevén la indivisibilidad de una fracción del tratamiento (pago) correspondiente a una duración mínima como es la jornada de trabajo.⁴⁸

Para sancionar el recurso a procedimientos de lucha ilícitos, el principio de proporcionalidad es a veces en gran medida impugnado. La idea consiste entonces en aplicar una verdadera sanción financiera en caso de huelga ilegal, diferente de las reglas contables que pueden existir para otros casos de ausencia no autorizada por la Administración o la empresa.

Así sucede, por ejemplo, en ciertos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica.⁴⁹ En efecto, la gran mayoría de los Estados prohíben la huelga de los empleados públicos, cualesquiera que fuesen las razones y las modalidades.⁵⁰ Así, en el Estado de Nueva York, en el artículo 210 (1) de la Taylor Law (1967), que condena todo recurso a la huelga por parte de los agentes públicos⁵¹ se prevé una penalidad especial de "dos por uno". Es decir, que la pérdida de remuneración por cada día de huelga es igual al doble de tratamiento correspondiente que habría sido percibido si el agente hubiera trabajado.⁵² Así se efectúa, entonces, la aplicación de la técnica antedicha. Uno de los casos que ilustra mejor esta situación se puede encontrar en la huelga de los guardias de prisión que tuvo lugar en abril y mayo de 1979.⁵³

48 De esta manera, en Francia, una regla denominada del "30avo indivisible", prevé que todo descuento por servicio no cumplido no puede ser inferior al monto de la remuneración percibida por el agente durante una jornada completa de trabajo. Algunos han visto en ello una especie de "incitación" a hacer huelga por una duración a lo menos igual a la jornada de trabajo. Pero no es tal el objetivo, seguramente, perseguido por las autoridades públicas. En el cuadro de la exención de los derechos sindicales que deben ocurrir como consecuencia de los cambios políticos producidos en 1981, está previsto abrogar la regla contable precitada.

49 Cf. B. V. H. SCHNEIDER, "public Sector Labor Legislation An Evolutionary Analysis", in Benjamin AARON, Joseph GRODIN and James STERN, eds. "Public Sector Bargaining", Madison, Wis., Industrial Research Association, 1979, Harry T. EDWARDS, R. Theodore CLARK and Charles B. Craver. "Labor Relations Law in the Public Sector": 2da ed., Nueva York, Bobbs-Merrill, 1979, esp. p. 527-534.

50 Parece que sólo ocho Estados Permiten la huelga de los empleados Públicos.

51 Allí se prevé: ningún "public employee or employee organization shall engage in a trike, and no public employee organization shall cause, instigate, en courage,

52 Está prescrito que el "chief fiscal officer" está autorizado a "to deduct from the compensation of each (alleged strike participant) an amount equal to twice his daily rate of pay for each day or part thereof that was determined that he had" participated in a strike).

53 Cf. Lynn ZIMMER and James B. JACOBS, "Challenging the Taylor Law: Prison Guards on Strike": Industrial Labor Relations, Cornell University, New-York, 1981, Vol. 34, N° 4, p. 531-544. - Andrew A. PETERSON, "Deterring Strikes by Public Employees: New-York's Two-For-One Salary Penalty and the 1979 Prison Guard Strike": Ibidem, p. 545-562.

Evidentemente corresponde efectuar un análisis exhaustivo de la utilización de los mecanismos de disuasión y de sanción financieras. Este análisis debe hacerse tanto sobre un plano estrictamente normativo como sobre uno de sociología del derecho, como también en el plano más general de las relaciones profesionales. Es así que la automaticidad de la distancia existente entre la duración de la huelga y la pérdida de salario derivada normalmente de la duración de la suspensión del trabajo, puede revelarse como teniendo resultados muy contradictorios (escasa utilización en la práctica, búsqueda de rodeos para aplicar la coacción por medio de otros mecanismos disciplinarios, etc.). Estas son las razones que predisponen a algunos a abogar por suavizar el mecanismo presentado más arriba.⁵⁴

Por último, una ilustración final de las técnicas indiferenciadas puede encontrarse en el empleo de las responsabilidades civiles y penales. Esta es, sin duda, la tentación más común en que caen las legislaciones y los jueces. Muchos textos represivos permiten, en efecto, dejar caer el peso de calificaciones penales —a menudo agravadas en lo que concierne al sector público— sobre los movimientos de huelga. Es frecuente advertir allí la utilización de normas previstas para fines muy diferentes a los conflictos del trabajo. Cualesquiera que hayan podido ser las promesas adelantadas a los compromisos contraídos por el legislador, subrayando que las incriminaciones no atañen más que a delitos "de derecho común", siempre puede suceder que un texto sea objeto de aplicaciones diferentes. Pues la norma no pertenece nunca plenamente a sus autores; ella no está destinada necesariamente a vivir sola. El jurista sabe por experiencia que cada cual podrá conceder a una regla cualquiera interpretación que no sea contradicha por su formulación misma.⁵⁵ Sin duda, uno de los rasgos

54 Cf. a propósito del "Two-For-One-Penalty" aplicable en el Estado de Nueva York, las críticas y las proposiciones de modificación formuladas por Andrew A. PETERSON en su artículo precitado.

55 La literatura es abundante; sin embargo, es difícil, tanto para el práctico como para el investigador y el profesor, dejar de efectuar una reflexión basada en sus propias prácticas y a partir de contribuciones fundamentales. Lo que implica que el jurista del trabajo necesariamente debe estar en contacto con las publicaciones de las otras especialidades. La autonomía del Derecho del Trabajo, desde este punto de vista, no tiene sentido. Acerca de la interpretación del derecho y la "lógica" jurídica, cf. esp. Archives de philosophie dudroit. "L'interprétation dans le droit". SIREY, Paris, T. XVII, 1972. - M. VAN KERCHOVE et alii, "L'interprétation en droit. Approche interdisciplinaire", Faculté de Droit de l'Université Saint-Louis, Bruselas, 1978. - Ch. FERELMAN, "Logique juridique. Nouvelle rhétorique", Ed. DALLOZ, Paris, 1976. Les Publications du Centre National de Recherches de Logique de Bruselas. - W. GOLDSCHMIDT, "Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 6ª Ed., 1980, esp. N° 261 y s., p. 253 y s. Y evidentemente las obras clásicas y siempre pertinentes, tales como las de Francois GENY, "Methodes d'interpretation et sources en droit privé positif", prefacio de R. SALFILLES, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Paris, 2ª Ed., nuevo tiraje, 1954, 2 tomos. Desde luego, en nombre del materialismo histórico, algunos proponen análisis completamente diferentes. Cf. esp. M. MIAILLE, "Une introduction critique au droit", Ed. Francois MASPERO, Colección "Textes à l'appui", Paris, 1976.

fundamentales del Derecho consiste en poder evolucionar con el curso de los acontecimientos, en sentidos "imprevistos",⁵⁶ lo cual está ligado, desde luego, a esta irreductible polisemia del Derecho.⁵⁷

La puesta en juego de las responsabilidades civiles, contractuales, o no, está muy difundida. Combinada a menudo con técnicas penales, ella pretende compensar las pérdidas sufridas por la colectividad pública a causa de la interrupción de los servicios; pudiendo también permitir una indemnización por las pérdidas de remuneración sufridas por aquellos que no hayan querido asociarse al movimiento ilícito o abusivo.

Pero la técnica clásica de la responsabilidad civil tropieza con muchas dificultades teóricas y prácticas cuando ella se confronta con los conflictos del trabajo. Conceptos tales como los de perjuicio, de falta, relación de causalidad entre ésta y aquél, resultan muy difíciles de aplicar. Por cierto cuando el movimiento es considerado ilícito, los conceptos de falta y perjuicio son susceptibles de aplicación. Aunque es preciso efectuar una apreciación de la extensión exacta de las pérdidas derivadas de la suspensión del trabajo. ¿No puede el comportamiento del empleador estar encaminado a acrecentar considerablemente las consecuencias de la desorganización de la producción originada por un conflicto del trabajo? ¿No pueden las transferencias de producción permitir neutralizar el efecto nocivo del movimiento? ¿Puede el jurista contentarse con un análisis de la responsabilidad en el solo marco del servicio afectado directamente por la huelga? ¿El derecho de las obligaciones es siempre pertinente al parcelar, segmentar, el campo de análisis? El debate es pues de envergadura y atañe a la filosofía.

Siempre quedarán cuestiones fundamentales que resolver en este camino de la responsabilidad civil aplicada al conflicto del trabajo,

56 Lo cual puede entristecer o regocijar al filósofo o al sociólogo del derecho, "pues es una maravillosa invención, cuando se reflexiona en ello, esta posibilidad de poner en reserva la voluntad soberana, de almacenar en palabras un poco de poder, un mandamiento que vivirá perpetuamente (la perpetuidad está siempre en la intención, en el deseo de la ley), que se perpetuará desprendida de la boca, de la mano (mundium, manus) de las fuerzas físicas que lo han creado", Jean CARBONNIER, "Essais sur les lois", Editions du Répertoire du Notariat Défrénois, Paris, 1979, prefacio, p. 9), agregando que "incluso para las leyes sin futuro, puede haber un porvenir" (ibid., p. 17); constatando por último que "es bueno que así suceda, que la hoja desprendida del árbol, vaya adonde la lleven los vientos", J. CARBONNIER, op. cit. Capítulo I, "La Tutelle", p. 21.

57 ¿Tiene la impresión el jurista que por fin ha definido un concepto con rigor? ¿Que incluso ha forjado una expresión particular para un hipótesis definida? A las primeras confrontaciones con las realidades contenciosas, él tropieza con la imposibilidad de conservar para el concepto sólo un sentido jurídico original. La sociología del Derecho puede constatar a este respecto un hecho que puede sorprender: la mayoría de las veces son los científicos, y más generalmente los no-juristas de profesión, quienes poseen una mayor propensión a ignorar o a descartar esta irreductible polisemia. ¿Huellas de "lo sagrado" en el Derecho? Voluntad de mantener aparte ciertos hechos mediante un tratamiento jurídico? A cada cual su razón, o sus razones, de "crear" en el Derecho.

cuestiones tales como la existencia de una responsabilidad individual y/o colectiva. ¿Debe ser analizado cada comportamiento para determinar con certidumbre si existe un delito que pueda comprometer una determinada responsabilidad en el conflicto? ¿O bien hay que atenerse a un análisis en términos colectivos?

Esto equivale a plantear el problema de los delitos o faltas necesariamente individuales o colectivos. La más radical de las soluciones para los jueces puede consistir en utilizar la *máscara* de lo individual para tratar, sin confesarlo de manera técnica, directamente lo colectivo.⁵⁸ Desde el momento en que el agente ha participado en un movimiento considerado como ilícito o abusivo, el magistrado tomará en cuenta la existencia de un delito individual. Es sin duda esta una técnica en extremo eficaz, que permite la eliminación de esas formas de conflictos tan temidos. Tendiendo el derecho de las obligaciones a no hacerse cargo más que de las relaciones entre individuos aisladamente considerados, con la huelga se ha franqueado un paso hacia lo colectivo. Pero ese paso es radical. Los riesgos de "resbalar" hacia lo colectivo son demasiado importantes, dado que el Estado, el empleador, podrá escoger automáticamente a los que "caigan" en ello, partiendo de una calificación previa del conflicto. La discriminación puede efectuarse bajo la forma de una simple puesta en juego de la responsabilidad civil.

Por otra parte, nos aproximamos aquí al problema de la aplicación de las sanciones profesionales. No aplicar las normas habitualmente previstas, recurrir a un mecanismo colectivo de responsabilidad, bien podría constituir el triunfo de una completa arbitrariedad en materia de derecho de los conflictos del trabajo. Los procedimientos estatutarios, como las condiciones previas de la responsabilidad individual, son en efecto indispensables para permitir de verificar al menos si el conflicto invocado puede o no ser motivo de sanción. Una vez pasado ese "filtrado" previo no puede existir ya ninguna garantía para los funcionarios o agentes.

Muchas otras técnicas indiferenciadas pueden utilizarse para tratar los conflictos del trabajo en el sector público "lato sensu". No es el caso, por supuesto, de considerarlos en este lugar. Es necesario, sin embargo, decir dos palabras en lo que concierne al *derecho de la seguridad social y de la ayuda social*.

58 Sería necesario reflexionar en las "máscaras" del derecho, en su importancia y en su utilización práctica en las sociedades. La parte correspondiente a lo sagrado, a lo lúdico en el fondo de toda norma, de todo silogismo, nos convida a realizar un examen crítico de nuestras razones de argumentar, de nuestras finalidades confesadas o no, en la actividad intelectual que necesaria y cotidianamente tiene todo hombre. Algunos se han internado en estos difíciles caminos. Cf. esp. Claude LEVY-STRAUSS, "La voie des masques", Editions Albert SKIRA, colección "Les sentiers de la création", Ginebra, 2 tomos, 1975. Roger CAILLOIS, "L'home et le sacré", Editions GALLIMARD, N.R.F., colección "Idées", N° 24, París (1950), 1970.

En efecto, la protección social a la cual puede acogerse el asalariado o el agente, son de una importancia capital para éstos. Su suspensión o su pérdida son, pues, esenciales, para la prosecución de una huelga. La reglamentación relativa a las condiciones necesarias para gozar del beneficio de una "cobertura" social y de las prestaciones correspondientes, debe examinarse con detención. Es raro que la duración del conflicto tenga incidencia sobre la existencia misma de una protección social en la función pública. Pero sucede frecuentemente que en el sector público (para los asalariados que gozan especialmente de una protección común a las empresas privadas) la prolongación de un conflicto pueda generar la suspensión o pérdida de la protección.⁵⁹ El beneficio de la protección proviene a menudo y fundamentalmente de las cotizaciones deducidas del salario percibido por el trabajador. Puede preverse un cierto plazo más allá del cual, a falta de pago de las cotizaciones, se suspende o incluso se suprime el régimen de protección. El papel representado, en materia de seguridad social, por las asociaciones o sindicatos profesionales está en ciertos países directamente ligado a la suspensión o ruptura ante-dichas.

El análisis a este respecto debe ser llevado más adelante. Podemos ofrecer aquí un ejemplo ilustrativo concerniente a los accidentes del trabajo y a las enfermedades profesionales. En aquellos países donde la definición de accidente del trabajo implica la existencia de una subordinación del trabajador respecto a sus empleadores, delicadas cuestiones pueden plantearse en este sentido. Es preciso entonces determinar cuál es precisamente la situación jurídica en que se halla un agente o un asalariado que está en huelga.⁶⁰ ¿Se ha roto el contrato de trabajo? ¿Se infiere automáticamente de ello que no pueden ya los trabajadores ser favorecidos con las prestaciones propias del régimen de accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales? Si el contrato simplemente está suspendido, queda por precisar las implicaciones que reviste este hecho sobre el elemento de subordinación. ¿La obligación del trabajador puede incluir elementos de exención o dispensa de ella misma? Cuando el trabajador ejerce

59 En lo que concierne a la situación de los trabajadores en caso de *enfermedad* pueden consultarse los informes y trabajos del IX Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Munich, 12-15 de septiembre de 1978), Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, HEIDELBERG, 1978, T. 1, p. 405 y s. y T. 2, p. 531-727.

60 A decir verdad la cuestión es técnicamente delicada pero siempre fundamental, ya sea se trate del derecho de las representaciones de los trabajadores (ejercicio de atribuciones) o del derecho de huelga. Sobre esta última cuestión pueden consultarse los análisis doctrinales. Cf. esp. A. BRUN y H. GALLAN "Droit du Travail", Ed. SIREY, París, 2da. Ed., 1978, T. 2, p. 464 y s., N° III y s. R. LATOURNERIE, "Le droit français de la greve", Ed. SIREY, París, 1972, p. 443 y s. H. SINAY, "La greve", Traité DALLOZ de Droit du Travail, T. 6, París, 1966, p. 243 y s., N° 108 y s. S. SINAY y J. - C. JAVILLIER, "La greve", op. cit., puesta al día al 1° de enero de 1979, p. 94, N° 112 y s. Del mismo modo pueden seguirse la evolución de los análisis doctrinales. Cf. H. SINAY et J. - C. JAVILLIER, "La greve", Traité DALLOZ de Droit du Travail, París, T. 6, 2da. Ed., 1982, de próxima publicación.

un mandato de representación, una función sindical, ¿cesa él, total o parcialmente, de encontrarse en situación de subordinación? ¿Se encuentra entonces sometido al interés de la empresa que es común al empleador y a los trabajadores? Se trata entonces de determinar claramente si una conciliación entre las representaciones de los trabajadores y los métodos de luchas laborales debe realizarse con el contrato de trabajo o el concepto de institución que podría reflejar la empresa.

Cuando se toma en cuenta la versión "institucional" de la utilización de los procedimientos de lucha, se favorecen atenuaciones e incluso una neutralización de las reglas habituales que implican la pérdida de la protección en materia de accidentes del trabajo o de enfermedades profesionales. La "relación de trabajo" no es solamente una relación de ejecución del contrato de trabajo, sino también una relación general de cooperación e incluso una relación conflictual.

Se puede apreciar de esta manera cuán reveladora es toda utilización de técnicas indiferenciadas de opciones fundamentales y siempre de graves consecuencias tanto para el derecho de los conflictos del trabajo, como de manera general para el derecho de las representaciones de los trabajadores en la empresa o el servicio respectivo.

2) Las técnicas diferenciadas

El "tratamiento" de la huelga por el Derecho puede provenir de la utilización de técnicas propias. En otras palabras, no se emplean en este caso los mecanismos habitualmente aplicables o, más aún, las técnicas que otras disciplinas podrían proponer en las situaciones previstas. Como ya se ha dicho, no se trata aquí de efectuar un inventario exhaustivo de estas técnicas diferenciadas. Solamente pueden presentarse algunos ejemplos que sugieren la importancia y la urgencia de una investigación en la materia.

Una primera técnica es aquella de la "inmunidad".⁶¹ Es decir, que el o los comportamientos no serán analizados o medidos con la misma

61 El ejemplo más clásico es el del Reino Unido. Un "elaborate set of protections confers upon trade unions and those organising them or taking industrial action a series of negative immunities against civil and criminal liabilities imposed by the common law", B. KEPPLER, "The freedom of the worker to organise in the United Kingdom", in "Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers (...)", op. cit., nota 6, T. I, p. 1017, N° 1-5. - Cf. P. DAVIES And M. FRIEDLAND, "Labour Law, Texts and Materials", Weidenfeld and Nicolson, colección "Law in Context" Londres, 1979, esp. 591 y s. y "Supplement to the First Edition (updated to July 1980)", Londres, esp., p. 8-01 y s. - P. ELIAS, B. NAPIER, P. WALLINGTON, "Labour Law. Cases and Materials" BUTTERWORTHS, Londres, 1980, esp. p. 210 y s. O. KAHN-FREUND, "Labour and the Law", op. cit., nota 31, esp. p. 225 y s.

vara de las técnicas habituales.⁶² El jurista debe entonces ponerse las gafas adecuadas según sea la situación. Y la inmunidad puede tener diferentes acepciones. Es posible que la huelga constituya un paréntesis en los mecanismos jurídicos habituales, tales como los relativos a la disciplina o la responsabilidad penal y civil. La inmunidad es entonces la garantía de un tratamiento particular. La mayoría de las veces, esta técnica está ligada a un enfoque global del conflicto del trabajo. Este último se integra en una perspectiva de relaciones profesionales o industriales, constituyendo uno de los elementos, que relacionados con otros, confiere un relieve propio al conjunto.

Es así como, en el sector público, y especialmente en la función pública, una concepción "orgánica" de la huelga se articula a veces con un sistema de inmunidad sindical. El Estado, o el empleador, pierde sus poderes habituales respecto a los agentes que han recurrido a un procedimiento de lucha admitido legalmente. Aquéllos, salvo excepción, no pueden poner en juego las reglas disciplinarias, así como tampoco la responsabilidad civil o penal. Si esto no sucede, no es para permitir la aplicación, en tal perspectiva de la técnica de "toma de nota" ("prise d'acte) ya considerada (exclusión del estatuto y de las normas aplicables habitualmente en una situación comparable). Todo lo contrario, la inmunidad es considerada como una protección contra todo sistema represivo en el marco de un conflicto determinado. Muy generalmente esto es la consecuencia de una estrecha ligazón entre huelga y asociación profesional o sindicato. Estos últimos son considerados como los titulares, directos o no, del derecho de huelga. Lo que a su vez implica obligaciones que permiten un "encuadramiento" de la huelga, en la mayoría de los casos mediante una remisión o traslado a los modos de reglamento de los conflictos del trabajo.

Tal sistema no puede ser analizado ni comprendido sin consideraciones previas de carácter sociológico.^{62 bis} Frecuentemente los analistas

62 El sistema de inmunidad es a menudo la respuesta del legislador a la voluntad manifestada por los jueces de restringir las posibilidades de organización y de lucha de los trabajadores. Respecto al Reino Unido, el Prof. Bob HEPPLER observa: "The immunities therefore represent a series of responses by Parliament to judicial decisions which appeared to undermine —the freedom to organise and to strike. In this respect the basic assumption of Parliamentary intervention for over a century has been summed up as one of "collective *laissez faire*" that is securing the freedom of management to manage and the freedom of organised labour to regulate the terms on which workers will work" (in "The Freedom of Worker to Organise in the United Kingdom", op. cit., nota 50, p. 1018, N° 1. 6.). La Lectura tanto de los artículos como de las obras publicadas en el Reino Unido se revela de gran interés. Cf. esp. Lord WEDDERBURN OF CHARLTON, "Industrial Relations and the Courts": The Industrial Law Journal, 1980, p. 65-94, así como el libro fundamental de P.S. ATIYAH, "The Rise and Fall of Freedom of Contract", CLARENDON PRESS, Oxford, 1979.

62 bis Cf. esp. ADAM et J. -D. REYNAUD, "Conflits du travail et changement social": PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, colección "Sociologies", París, 1973. Ch. MOREL, "La grève froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal": Prefacio J. -D. REYNAUD, Les Editions d'Organisation, París, 1982.

subrayan el particularismo tanto del sindicalismo como de las asociaciones profesionales en el sector público, y singularmente en la función pública. En diferentes grados, existiría una "integración" o solamente una cooperación reforzada entre autoridad pública y representantes de los trabajadores, cooperación más o menos desarrollada, pero determinante. Es así que en el campo disciplinario se prevén a veces procedimientos que constituyen condiciones previas para la aplicación de sanciones, con la participación de los sindicatos o de las asociaciones profesionales.

La inmunidad, especialmente en materia de conflictos laborales, puede ser estrechamente dependiente de un sistema de prevención de tales conflictos. Estos conflictos laborales están sometidos a una especie de "autorreglamentación" por los mismos interesados, en un marco sindical o asociativo. La contrapartida de esto es la "puesta fuera del derecho común" (la mise "ors droit commun") de las relaciones jurídicas en tiempo de huelga. La extensión de esta medida excluyente puede variar apreciablemente, concerniendo solamente al derecho del trabajo, o a este último y a los derechos civil y penal.

Por último, es necesario tener en cuenta una técnica diferenciada del tratamiento de la huelga que se sitúa en la línea de prolongación de las antedichas observaciones. Se trata de ligar estrechamente la utilización de los procedimientos de lucha la oral a los modos de arreglo o solución de los conflictos.⁶³ La utilización de aquéllos está subordinada a la previa observación de éstos. En el sector público sucede bastante frecuentemente que la admisión del conflicto laboral esté asociada a una reducción inmediata y sensible de su nocividad. Las exigencias del orden público, la necesidad de la continuidad de los servicios —que han sido considerados más arriba—, abogan por una técnica de "encuadramiento" mediante la combinación de ambos elementos. La huelga debe entonces necesariamente permanecer en calidad de "última ratio". Para permitir esto, se ha impuesto el recurso previo a los modos de arreglo de los conflictos, ya sea se trata de procedimientos internos de los servicios o de la empresa (procedimientos "la queja" ("griefs")),⁶⁴ o de procedimientos exteriores.

63 Cf. esp. International Labour Office, "Conciliation and Arbitration. Procedures in Labour Disputes. A comparative Study", Ginebra, 1980, esp. "Conciliation in major Disputes", "Regulation of strikes and lock-out in major disputes", p. 126 y s.

64 Se trata entonces de permitir un tratamiento de lo contencioso relativo al funcionamiento del servicio, a la disciplina, a procedimientos formalizados y susceptibles de desembocar en recursos exteriores.

(N.B.) Algunos sindicatos, especialmente en el plano internacional, manifiestan su inquietud frente a una degradación de los derechos sindicales en el sector público. (Cf. la resolución de la Confederación Internacional de Sindicatos Libres "sobre los servicios públicos y los derechos sindicales"; Comité ejecutivo, 1º - 2 de julio de 1981, Bulletin Economique et Sociale de la C.I.S.L., Bruselas, 1981, vol. XXIX, N° 3 y 4, p. 20).

B. Los regímenes jurídicos (N.B.)

La combinación de las diferentes técnicas utilizadas conduce a una situación normativa de conjunto que sobrepasa a cada uno de sus componentes.

El Derecho puede dar lugar a perspectivas de análisis muy diferentes. Para algunos, cada rasgo, cada coloración presentada, se debe analizar en sí; cada norma llega a constituir un mundo jurídico que se basta a sí mismo. El jurista debe describir, analizar, penetrar cada mecanismo jurídico, siendo el derecho comparado quien debe dar cuenta de cada uno de esos elementos. Este es el punto de vista más estrictamente normativista. La norma: tal es el lugar donde se realiza y se acaba la tarea del jurista, el santuario donde reposa la esencia de derecho.

Pero existe otra perspectiva. Ninguna norma existe en estado aislado. Ninguna regla jurídica puede soñar con el estado de aislamiento de Robinson Crusoe, pues toda regla no es nada más que una península, jamás una isla. Ella necesariamente debe estar combinada con otras normas; no existe nunca en estado "puro y duro". La norma virgen es una norma desconocida. Para comprender realmente el Derecho, no es necesario siempre hablar en términos de conjunto⁶⁵ o de sistema.⁶⁶

Sería necesario, en efecto, no dejarse llevar por el gusto del "espléndido" aislamiento de la especulación jurídica fragmentada. Normas jurídicas muy parecidas pueden existir de manera evidente en sistemas jurídicos en extremo diferentes. Norma, dínos dónde estás y te diremos quién eres y lo que tú haces realmente.

65 Lo que significa en otros términos que el Derecho es una *totalidad discontinua*. Totalidad, puesto que el conjunto de normas, su interpretación, su aplicación, es la condición previa al análisis de una regla particular, sobre todo para cualquier estudio de derecho comparado. El calificativo "discontinua" tiende a traducir la posibilidad de variación contingente del dispositivo técnico de una regla particular. En una misma perspectiva de conjunto se presentan opciones técnicas. Así pues, la variación, la diversidad de las normas puede unas veces tener poca importancia, y otras, revelar profundos cambios, anunciar mutaciones de fondo en la legalidad y en las instituciones de un país. La norma más pequeña puede tanto permitir un análisis penetrante como esconder la realidad, y por esta causa ser completamente reveladora. El comparatista debe estar advertido de ello, si quiere dedicarse a cualquiera investigación, por muy modesta que ella sea.

66 El concepto de *sistema* no podría en este caso conducir al analista por los caminos de la equivalencia de las normas y de las situaciones de conjunto. El análisis llamado "sistemático" es pertinente en la medida (esencial) en que él no pretenda (sin confesarlo) eliminar de su campo todos los debates de orden ideológico o político. Se desprenden del sistema, como de la institución grandes ambigüedades y utilidades para los juristas. Pero cada cual debería, como mínimo, expresar lo más claramente posible los presupuestos fundamentales a los cuales se remiten los conceptos que se invocan. Cf. J. C. JAVILLIER, "Dits et non-dits sur le droit du travail", art. cit., nota 9.

Nuestra perspectiva de análisis es, y esto no puede sorprender a nadie, la segunda, expuesta más arriba.⁶⁷ Es en un análisis de la interacción de las diferentes normas que es necesario detenerse, para dar cuenta del derecho del trabajo en sus técnicas y realidades. Así se puede intentar reducir los riesgos de "contrasentidos" dramáticos en Derecho, especialmente en el Derecho comparado del Trabajo.

No es pertinente en este lugar considerar los diferentes tratamientos de los procedimientos de lucha laboral y de los modos de arreglo de los conflictos.⁶⁸ Lo importante es, por ejemplo, señalar si la huelga está ligada o no al agotamiento de todas las formas previstas de solución de las divergencias o, todavía, si ella está subordinada a la imposición por parte de la autoridad pública, en función de circunstancias particularmente graves, de procedimientos previos de arreglo, que suspenden la posibilidad de recurrir a las armas habitualmente disponibles. Pero aquí, una vez más, tales disposiciones están en la mayor parte de los casos ligadas a un reconocimiento particular de la organización sindical o de las asociaciones profesionales.

Queda pues por presentar, rápida y superficialmente, las finalidades de la utilización de las técnicas consideradas más arriba. Algunos hablarán de regímenes jurídicos de la huelga, y más generalmente de los conflictos del trabajo.⁶⁹

67 Cf. J. -C. JAVILLIER, "Droit du Travail", 2ª Ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1981, esp. los "Méthodes d'analyse", p. 23 y s. N° 11 y s. "Derecho del Trabajo", Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1982, eod. loc., y puesta al día al 17 de octubre de 1981, L.G.D.J., Paris, 1982.

68 Cf. esp. O. KAHN-FREUND, "Quelques réflexions sur le règlement des conflits du travail au point de vue du droit comparé", Revue Internationale de Droit comparé, Paris, 1960, p. 325. - P. LAROQUE, "Comment résoudre les conflits collectifs du travail", Libre Justice, Paris, 1965, N° 1; K. W. WEDDERBURN y P. L. DAVIES, "employment Grievances and Disputes Procedures in Britain", University of California Press, Berkeley, 1969. - BLANC-JOUVAN et alii, "Labor Courts and Grievance Settlement in Western Europe", University of California Press, Berkeley, 1971. - Rapports et Travaux du 9ème. Congrès de l'Association Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, Munich, 12-15 de sept. 1978, Tema I, "Arbitraje y papel de los tribunales del trabajo: Administración de la Justicia en el Derecho del Trabajo, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1978, T. I, p. 1-402.

69 Prolongando las observaciones formuladas más arriba, admitiéndose que es necesario señalar una "totalidad discontinua" en lo que concierne a los conflictos del trabajo, es esencial buscar las tipologías, las interacciones entre las normas que efectúan el "encuadramiento" de la huelga. No se trata aquí de restablecer éstas y aquéllas. Pero algunas parecen esenciales: conflictos "justiciables" y "negociables" y modos de arreglo "heterónomos" o "autónomos". Cf. J. -C. JAVILLIER, "Droit du Travail", op. cit., 2ª Ed., 1982, esp. p. 577 y s., N° 688 y s.

Pero, una vez más, hay que relacionar los diferentes elementos normativos relativos a los conflictos del trabajo. El "puzzle" jurídico no puede, por ejemplo, ser resuelto sin que los procedimientos de lucha de los empleadores y de los trabajadores hayan sido puestos en paralelo. Una de las cuestiones previas no es la que concierne a la igualdad de armas? Cf. J. -C. JAVILLIER, op. cit., esp. p. 519 y s., N° 634.

Compenetrémonos, pues, del estado de espíritu de los artistas "impresionistas". Cada trazo importa menos que la realidad del conjunto. La pincelada discontinua importa sólo en la medida que revela una totalidad.

Pueden observarse en el mundo tres dominantes existentes en materia de huelga en el sector público, que corresponden respectivamente: ya sea a la prohibición, a la tolerancia y al reconocimiento de ese tipo de huelga.⁷⁰

1) La prohibición de la huelga

Sin duda es el régimen jurídico que parece a primera vista el más simple, mediante el cual se rehúsa toda clase de procedimientos de lucha individual o colectiva a los funcionarios, a los agentes de los servicios públicos, a los asalariados de las empresas públicas. La prohibición de la huelga va acompañada entonces de sanciones penales. Se efectúa, por lo demás, una distinción entre simples participantes de estos movimientos ilícitos y sus "instigadores", previéndose para estos últimos calificaciones penales agravadas y sanciones civiles más rigurosas, que constituyen las secuelas naturales de aquéllas.

Así como lo observa el Prof. Lucien FRANCOIS: "El estatuto de huelga más difundido es aquel de la prohibición. Es, en todo caso, el régimen normal en las dictaduras, ya sea en las llamadas "dictaduras del proletariado" o en aquellas del "mundo libre". Estamos persuadidos que ciertas dictaduras no solamente prohíben la huelga, sino que han nacido con el objeto de prohibirla".⁷¹

Sin embargo, es esencial determinar cuáles son las modalidades y la extensión de la prohibición de la huelga. Puede ser una prohibición defi-

70 Evidentemente, pueden presentarse otras tipologías. Es así que pueden leerse con gran interés los análisis propuestos por el Prof. Lucien FRANCOIS, in "Théorie des relations collectives du travail en droit belge", Et. Emile BRUYLANT, Colección "Droit Social", Bruselas, 1980, esp. p. 56 y s., N° 30 y s. Este colega distingue cuatro tipos de regímenes: los regímenes de prohibición, el régimen de permisión, los regímenes de estímulo y, por último, los regímenes compuestos.

En lo que se refiere a la huelga de los agentes públicos, Hans KRUCK efectúa la distinción siguiente: "1. General ban on strikes for public servants. 2. Ban on strikes for special categories of public servants. - 3. Ban on strikes of special branches of State administration. - 4. Ban on strikes for especial grades. 5. Restrictions on the exercise of the right to strike. - 6. Unlimited right to strike for public servants. - 7. Special cases: Countries which no longer enforce the ban on strikes" in "The Freedom to Organize of Public Servants": "Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers Rechtsvergleichung und Völkerrecht", op. cit., nota 6, T. 2, p. 1305-1308.

71 L. FRANCOIS, op. cit., p. 57, N° 31, agrega: "Por ejemplo, después de un golpe de Estado militar, no es raro que uno de los primeros decretos publicados en el Diario Oficial esté destinado a poner la huelga fuera de la ley, o, lo que resulta prácticamente lo mismo, a disolver toda organización de tipo sindical que no esté colocada bajo la autoridad del gobierno". (Ibidem, en nota).

mitiva, englobando todas las categorías de trabajadores, tanto del sector público como del sector privado. Pero puede suceder también que la prohibición sólo sea temporal o que no considere sino a ciertas categorías de trabajadores.

En esta última hipótesis, el régimen de prohibición puede no ser válido más que para un núcleo ("noyau") más o menos "duro" del orden público o de los servicios indispensables al interés general. A través del mundo se puede constatar que ciertas categorías de trabajadores poseen la característica común de estar sometidos a tal régimen de prohibición. Nos referimos, por ejemplo, a los responsables de las administraciones del Estado, policías, bomberos, militares,⁷² guardias de prisión, magistrados, controladores del tráfico aéreo, etc. Existen legislaciones especiales para estas diferentes categorías de funcionarios, las cuales si bien no eliminan la posibilidad de organizarse colectivamente (sindicatos y/o asociaciones profesionales), por lo menos excluyen el recurso a procedimientos de lucha, especialmente la huelga.

La prohibición es temporal cuando la reglamentación concede al Estado, a las administraciones, a los empleadores, la posibilidad de recurrir a procedimientos que tienen por resultado privar del derecho de huelga a ciertas categorías de agentes.⁷³ Tal mecanismo es a menudo complementario del precedente, permitiendo entonces al Estado y a sus administraciones completar la lista de servicios esenciales. El procedimiento de "requisición", y a veces de "militarización",⁷⁴ del sector público, puede estar ligado a una obligación de negociar, impuesta durante un cierto período a los agentes y a las organizaciones de los sectores concernidos.

72 Algunos hablan de una "permanencia de un acantonamiento jurídico del ejército". (Cf. Michel SENECHAL, "Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Public, T. LV, París, 1964, esp. p. 83 y s.). Se trata de dejar de lado las normas generales relativas a las libertades, especialmente sindicales, exclusión que puede resultar de explicaciones muy diferentes (defensa del país por parte del ejército, neutralidad política de éste, defensa de la democracia contra el ejército, etc.). - Para un estudio del derecho comparado, f. - Société Internationale de Droit pénal militaire et de Droit de la Guerre, "Les droits de l'homme dans les forces armées, 7ème Congrès international, San Remo, 23-28 Septembre 1976: Recueils de la Société, Tome VII, 2 Volumes, Bruxelles, 1978.

73 La técnica más clásica y la más difundida en el mundo, es sin duda la de la requisición, que hace del trabajador, la mayoría de las veces, un soldado. Cf. esp. J. -P. DORCY, "Les réquisitions personnelles", L.G.D.J., Bibliothèques d'ouvrages de droit social, T. VI. Prefacio de R. VOUIN, París, 1965, p. 209 y s. Existe también la técnica de la suspensión de ciertas garantías constitucionales por parte del Gobierno o de una Asamblea parlamentaria. Cf. el artículo 369, e), del Código del Trabajo, Costa Rica, ya citado, traducción del B.I.T., 1949. C.R. 3.

74 La "militarización" puede presentar una doble naturaleza: ya sea que ella "apunte" al estatuto del asalariado que está sometido a un régimen de trabajo obligatorio (cf. supra nota 73), ya sea que ella efectúe la sustitución de los trabajadores en huelga por trabajadores sometidos a un estatuto militar. Cf. para

2) La tolerancia de la huelga

En el marco de tal régimen, el derecho no interviene directamente para eliminar los procedimientos de lucha. El los ignora, o por lo menos pretende "positivamente" no tratarlos. A este respecto, puede que no exista ninguna derogación de los regímenes existentes en materia de ejecución del trabajo, de disciplina, de responsabilidad civil o penal. Cada cual, entonces, puede medir la distancia que puede separar la prohibición de la tolerancia. Aquel que cesa el trabajo, principalmente, no se expone a ninguna sanción específica.

Pero quedan por determinar las consecuencias "ordinarias" de tal acción. La tolerancia puede aproximarse a un régimen de prohibición de hecho (o por oposición a un régimen de prohibición de derecho). Es decir que el huelguista perderá su empleo como consecuencia de su "deserción" (abandon de poste) y de la "toma de nota" ("prise d'acte") (Cf. nota 44 supra) de la administración o del empleador, y podrá incurrir en diferentes inculpaciones penales no específicas de los conflictos laborales (atentado contra la libertad de las personas y contra los bienes, ocupación de lugares públicos, atentado contra las funciones de la policía y contra la seguridad, etc.).

A estas alturas es necesario dar cuenta de un debate jurídico que en ciertos países ha cobrado una gran importancia. Conviene hablar de *libertad* o de *derecho de huelga* en un régimen jurídico de tolerancia?⁷⁵

el Reino Unido, Christopher J. WHELAN, "Military intervention in Industrial Disputes": The Industrial Law Journal, 1979, vol. 8, N° 4, p. 222-234. Este último autor observa: "The role of the military in industrial disputes in thus becoming increasingly significant. The balance of industrial power; trade union activities; the interface between capital and labour; the relationships between the armed forces, the police, the public and the Government; the process of collective bargaining and the impact of incomes policies, particularly in the public sector, are all factors which are affected by military intervention" (art. precit., p. 222 in fine y 223 in princ.); agregando que: "when using emergency powers in industrial disputes, governments usually claim that they are not aimed against those participating in industrial action" (Ibidem, p. 231 in fine y 232), para terminar señalando que: "the use of the military to do the works of strikes often aggravates a dispute or leads to further industrial action" (ibidem, p. 223).

James B. JACOBS, "The role of military Forces in Public Sector Labor Relations": Industrial and Labor Relations Review, CORNELL UNIVERSITY, NEW YORK, 1982, Vol. 35, N° 2, p. 163.

75 Los errores de terminología pueden ser fatales. Así sucede con la expresión *huelga-derecho* o *huelga-libertad*. La distinción puede reflejar la diferencia entre régimen de tolerancia y de reconocimiento (lo cual será considerado más adelante). Aquí la distinción es de índole filosófica: hay que preguntarse lo que representa una "abstención" del Derecho en términos de facultad real de recurrir a determinado procedimiento de lucha. Sin embargo, algunos subrayarán cuán inadecuada es esta última terminología. Puesto que no reconocer garantías positivas, no significa abstenerse. Es tratar la huelga, bajo cierta forma.

La huelga es una libertad, y ese es el sentido que reviste que cada cual pueda recurrir a ella. Pero la libertad cesa donde comienza la aplicación del "derecho común". Además está subrayar la importancia que tiene el examen de las consecuencias del ejercicio del derecho de huelga. Sin garantías positivas (en materia disciplinaria, de responsabilidad civil, especialmente), cómo pensar que la libertad de hacer huelga pueda ser seriamente utilizada? Pero esto significa volver a enfrentarnos con el debate fundamental en todo derecho, que es la noción de libertad. En todo caso, algunos rehusarán reconocer en tal tipo de régimen la existencia de una huelga-libertad, pues esta última implicaría a su vez la existencia de garantías positivas e incluso de un sistema de inmunidad, y lo que caracteriza, precisamente, la existencia de las libertades públicas es la protección activa de estas últimas; en otras palabras su adecuada habilitación, acompañada de una vigorosa protección de su ejercicio.

3) El reconocimiento de la huelga

En este último régimen el legislador y los jueces tratan la huelga específica y positivamente. De manera concreta, esto quiere decir que el principio, la regla, es la libertad de ejercicio y la excepción, la limitación. Es decir, que los trabajadores que recurren a un procedimiento de lucha no cometen en absoluto, al actuar de esa manera, una falta disciplinaria o contractual. Ellos no pierden, entonces, ninguna de sus garantías estatutarias o contractuales, debiendo proseguirse todos los procedimientos que se aplican habitualmente. La nocividad del procedimiento de lucha utilizado es en sí mismo admitido a priori, al menos en parte. En consecuencia, a continuación de una huelga, no se puede dar curso a ningún procedimiento en que se ponga en juego la responsabilidad particular.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho de huelga reviste coloraciones muy diferentes, según que la técnica diferenciada de la inmunidad, tal como se ha examinado más arriba, sea considerada o no. En el marco de un sistema de *inmunidad*,⁷⁶ desde el momento en que el movimiento

76 Tal técnica de inmunidad puede abarcar el Derecho sindical en general, incluido el derecho de huelga (Cf. supra, II, 2), nota 50). En el cuadro de las reformas relativas a las relaciones profesionales que realiza la "Dama de Hierro" británica (la Sra. THATCHER, Primer Ministro de Gobierno conservador), se prevé reducir la inmunidad sindical directa e indirectamente. Cf. "Trade Union Immunities". Presented by the Secretary of State of Employment by Command of Her Majesty, January 1981, Her Majesty's Stationery office, London. - Informe de R. BENEDICTUS y D. NEWELL, "Green Paper on Industrial Conflict Law Trade Union Immunities (Cmd. 8128, January 1981)", The Industrial Law Journal, 1981, vol. 10, N° 2, p. 119-124). La limitación directa resultaría especialmente de una concepción individual de la inmunidad, que permite al empleador demandar en ciertos casos a los sindicatos por reparación de daños y/o por orden sumaria del tribunal. De igual modo, allí se propone no aplicar la inmunidad a las acciones secundarias (dirigidas contra un empleador diferente al empleador con quien están directamente ligados los huelguistas). Cf. esp. J.R. BELLACE, "Regulating Secondary Action: The British and American

no es ilícito o abusivo, no puede iniciarse a continuación de una huelga ningún procedimiento disciplinario, ni ponerse en juego la responsabilidad del agente. Si tal no es el caso, quedará por determinar si hay lugar, en la especie, a un eventual abuso de derecho.

La técnica clásica del abuso de derecho es tomada en cuenta para encuadrar el ejercicio del derecho de huelga. Pero, sin poder entrar en esta oportunidad en el corazón del debate, el fundamento de tal teoría permanece en el misterio. Consistiría dicho fundamento en la expresión de la finalidad que necesariamente posee todo derecho? Desde el instante en que este último no es utilizado para la finalidad que originariamente es la suya propia (y es por ello precisamente que el Derecho lo ha reconocido), es forzoso hablar de abuso y condenar las consecuencias de éste. O bien ello sería la comprobación que un derecho no puede, en su ejercicio, causar un perjuicio a un tercero que sea desproporcionado a su objetivo.

De esta manera el juez se entrega a una verdadera labor de "pesaje", de sopesar nocividades. Si la empresa, el servicio, la administración, son desorganizados por el procedimiento de lucha utilizado, más de lo que razonablemente fuese necesario, es conveniente entonces condenar este exceso. Pero es necesario, en tal caso, preguntar a cada cual qué es lo razonable, es decir son las reglas del juego que no conviene violar; y estas reglas del juego están constituidas por el simple respeto de los procedimientos previos, o, a cada momento, por la proporción entre el arma utilizada y el objetivo perseguido. Como se puede apreciar, respecto a lo "razonable" existen versiones muy diferentes, como las hay, por lo demás en relación al ruido y al exceso de movimiento. Esto nos remite al "casillero de partida" de este "juego de la Ley". Pueden existir, entonces, "reglas del juego" en estos conflictos del trabajo?

C. Propositiones finales

Ya al término de estas observaciones que hemos formulado a propósito de la huelga en el sector público, es posible plantear algunas proposiciones simples, que son, a nuestro juicio, dignas de ser debatidas. 1) Es imposible eludir la reflexión sobre las relaciones jurídicas, con motivo del trabajo, que existen entre empleador del sector público y trabajadores. Puede admitirse que todas estas relaciones deben ser tratadas de idéntica manera por el Derecho, el derecho del trabajo o el derecho administrativo?

Approaches". Comparative Labor Law, Los Angeles, 1981, vol. 4, N° 2, p. 115-154. Hay también limitaciones indirectas de la inmunidad que resultan de una restricción de la definición de conflicto del trabajo (las "trade disputes" ya no podrían, especialmente, concernir las relaciones entre trabajadores y sindicatos, debiendo ser necesariamente una de las partes un empleador). De igual manera, el "Picketing" de solidaridad ("Sympathetic picketing") ya no estaría incluido en los casos considerados por la inmunidad.

Sin duda, dos posiciones extremas nos parece que deben ser criticadas y evitadas.⁷⁷ Una, que consiste en negar toda diferencia de situación, en la realidad y en el derecho, entre trabajadores de los sectores privado y público. Singularmente, en lo que concierne a la función pública, las administraciones del Estado, parece imposible poner en duda el particularismo de ciertas funciones, las exigencias particulares de todo orden público, cualquiera que fuese.

Existe otra posición que nos parece igualmente excesiva. Ella conlleva a extender le "noyau dur" ya mencionado, para aplicar al conjunto del sector público, servicios públicos, sector de interés nacional, un cuerpo de reglas inflexibles o muy difícilmente flexibles. Tanto las libertades sindicales como el derecho de huelga serían impugnados por el solo hecho que el Estado o la colectividad nacional fuesen afectados globalmente por la actividad concernida por la huelga.

A través del mundo, los equilibrios políticos y económicos conducen situaciones normativas en extremo variables. No sería sólo una ilusión (de jurista, de teórico) el proponer un análisis global, con sus consiguientes expresiones normativas monolíticas, para el sector público?

Escuchemos al estudiante japonés, a quien Yukio MISHIMA hace decir: "Extraña disciplina, por cierto, aquella del estudio del derecho. Red de mallas tan finas, que ellas atrapan los más banales incidentes de la vida cotidiana, y sin embargo, ella se extiende en el tiempo y en el espacio para delimitar hasta los movimientos eternos del sol y de las estrellas. Ningún pescador que anhela engrosar su botín, podría ser más insaciable que cualquiera que estudie la Ley".⁷⁸

Lo que el análisis comparado del derecho de la huelga nos sugiere, no es en absoluto la búsqueda de una arquitectura, de una ambición de los grandes conjuntos, sino una percepción de las más diversas realidades. El derecho del trabajo debe siempre permanecer en un plano concreto. El jurista del trabajo no puede, desde ese momento, tener otra pretensión que la de la modestia y la de la duda científica.

Si fuese necesario bosquejar una tendencia frecuentemente observada, ella sería la de una oscilación: entre la prohibición y la tolerancia de la huelga, y entre la prohibición y el reconocimiento de la huelga. Es muy raro que un sistema de prohibición pueda, en la realidad, eliminar todos los conflictos. Es que acaso éstos no toman otras vías? Pero, al contrario, es que existe algún sistema jurídico que conceda verdaderamente una consagración total al fenómeno de la huelga? Es que los sistemas de inmunidades no poseen siempre sus secretas excepciones?

⁷⁷ Se observa que a menudo se plantea la cuestión siguiente: el Estado, las administraciones, las empresas públicas, pueden ser consideradas como empleadores "ejemplares"? Cf. "Government as Employer-Setting an Example?", by P. B. BEAIMON, Royal Institute of Public Administration, Londres, 1981.

⁷⁸ "Neige de printemps", T. 1, trad. francesa, Ed. GALLIMARD, Paris, 1981, p. 76.

2) Es entonces oportuno proclamar la insuficiencia de todas nuestras proposiciones jurídicas. El jurista del trabajo no está, más que otros, habituado a formas jurídicas atenuadas, secundarias. Hay quienes llegarán a hablar de infra-derecho, ese derecho que existe entre las mallas de la red legal, oficial. En ciertos países, tales como Francia, el jurista demasiado a menudo es un jurista preocupado del derecho del Estado. El Derecho se reduce entonces a la norma legal, reglamentaria, a las decisiones de justicia. En otros países, sin embargo, para sólo atenernos a la estructura jurídica de las relaciones entre Estado y ciudadanos, empleadores y asalariados, es tomada en cuenta, con la más grande consideración, la autonomía normativa, lo informal, lo tácito.

Junto con tener una gran consciencia de la importancia y del delicado carácter del problema de la huelga⁷⁹ en el sector público, es indispensable suscitar al respecto debates a fondo, para que cada cual pueda medir mejor los presupuestos y las incidencias de toda proposición normativa. Es que la actitud más rigurosa no consiste para algunos en reevaluar la "parte" correspondiente al infra-derecho, al no-derecho en el derecho del trabajo? Y para los otros, en preguntarse, puede existir realmente una "abstención" del Estado en las relaciones profesionales y una autonomía normativa en nuestras sociedades modernas, e incluso en toda sociedad o en todo grupo humano?

El derecho de huelga plantea a cada cual una de las cuestiones más esenciales para toda sociedad: qué es, pues, el pluralismo político y jurídico? qué sucede con la tolerancia intelectual? Los universitarios, a través del mundo, deben plantearse tales cuestiones. Sin embargo, hay algo en las palabras de Raymond ARON:

El mundo universitario es demasiado dulce; no se conoce allí de manera suficiente la maldad, la dureza de la existencia humana".⁸⁰ De todas formas, ayudar y obligar a plantear la cuestión del pluralismo y de la tolerancia es una de las motivaciones más profundas que puede tener un universitario. En este sentido él es, necesariamente, un "espectador comprometido".

⁷⁹ Cf. esp. M. DEVEALI, "A propósito de la huelga en los servicios públicos", nota a fallo: Revista de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1965, p. 489. B. VAN DEL LAAT, "La Huelga y el paro en Costa Rica (Los conflictos colectivos del Trabajo según la legislación de Costa Rica)", esp. p. 71.

⁸⁰ Raymond ARON, "Le spectateur engagé. Entretiens avec Jean-Louis - MISSIKA y Dominique WOLTON", Ed. JULIARD, Paris, 1981, p. 28.

"ENTUSIASMO"*

Yo sé de un hombre que perdió su rifle
en pleno corazón de la batalla,
y ese hombre fue un héroe
con su vida por arma.

Y sé de un hombre que perdió su vida
en pleno corazón de la batalla,
y ese hombre fue un héroe,
con su muerte por arma.

Y sé de un hombre que perdió el cadáver
en pleno corazón de la batalla,
y ese hombre fue un héroe
con su fantasma como un arma.

Y sé de un hombre que perdió el fantasma
en pleno corazón de la batalla,
y ese hombre fue un héroe
blandiendo su entusiasmo como un arma.

Jorge Debravo

Antología Mayor

* Este poema el Prof. Javillier solicitó que se reprodujera en su artículo.

REFUGIADOS Y AUTOGESTION

(LAS ASOCIACIONES COOPERATIVAS DE AUTOGESTION PARA REFUGIADOS Y NACIONALES, UNA ALTERNATIVA JURIDICAMENTE VIABLE EN EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE).

Dr. Víctor Pérez Vargas

Catedrático Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica