

Derecho de Huelga y criminalización de la protesta social

Por Gastón Valente

Temario: I. Actual escalada de criminalización de la protesta social. II. ¿De qué estamos hablando? III. ¿Cuál es el objetivo de la criminalización? IV. La criminalización de la huelga o la protesta social no es tema nuevo. V. ¿Quién criminaliza? VI. ¿A quiénes se criminaliza? VII. ¿Cómo se criminaliza? VIII. ¿Qué papel juega el discurso jurídico? IX. ¿Hay algo que podemos hacer desde el derecho? X. Estándares básicos de no criminalización de la protesta social del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

I. Actual escalada de criminalización de la protesta social.

Existe una escala actual de criminalización de la huelga y de la protesta social. Esto no es un tema exclusivo de nuestro país, en tanto la CIDH ha resaltado que es un problema que ocurre en varios países de la región.

En nuestro país ello se ve reflejado en la presentación de varios proyectos de ley, que los medios periodísticos han denominado “antibloqueo”, que buscan penalizar los bloqueos, los piquetes de huelga u otras conductas que por lo menos entorpezcan la circulación ingreso o egreso a los lugares de trabajo.

Buscan incorporar nuevos tipos penales, sancionando métodos específicos a partir de los cuáles se expresan las medidas de acción directa ante conflictos laborales y sociales. Prevén fuertes penas para acciones que denominan “bloqueos de establecimiento o plantas de producción”, “coacción u otros medios que impidan el normal funcionamiento de una empresa”, para quienes “causen menoscabo económico e impida, estorbe, entorpezca el normal funcionamiento de un establecimiento”, “bloqueando por cualquier medio el libre acceso y salida de personas y vehículos”, o a quien “participe o instigue” u “otras conductas menos invasivas y evidentes” como “apostarse en las inmediaciones de la entrada del establecimiento con carteles y gomas quemadas y “convencer” a otros trabajadores para que se sumen al reclamo y “abrir y cerrar” en forma espontánea e intermitente a veces la entrada”.¹

El derecho de huelga ha sido reconocido en forma progresiva en el ordenamiento jurídico. El marco normativo constitucional, convencional y todo el derecho internacional serían vulnerados con estos proyectos, por lo que deberían ser impugnados por inconstitucionales. Incluso generarían responsabilidad internacional del Estado Argentino en tanto vulneran los estándares mínimos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Yendo incluso en contra de las decisiones del Comité de Libertad Sindical y del Comité de Experto en interpretaciones de normas y recomendaciones de la OIT.

¹ Me refiero a varios proyectos que fueron presentados en ambas cámaras del Congreso de la Nación, algunos con estados parlamentario otros que ya lo han perdido, pero que fueron firmados por Cristian Ritondo, María Eugenia Vidal, Pablo Torello, Hernán Lombardi, Gerardo Milman, Laura Rodríguez Machado, Alejandro Finocchiaro entre otros; u otro que tomó mayor difusión, al presentado por Carolina Losada, Luis Naidenoff, Alfredo Cornejo y otros.

Pero hay algo que preocupa en todo esto y es, ¿porqué se presentan estos proyectos sabiendo que serían declarados inconstitucionales? ¿Porqué incluso se los utiliza como eslogan de campaña? ¿Es que la sociedad está pidiendo penalizar y criminalizar la huelga y la protesta social?

La escalada actual de criminalización preocupa, porque como señala Alejandro Ferrari², la tipificación de la huelga como delito fue propio de las dictaduras militares en nuestro país, como lo fue la mal llamada “ley” 21.400 de 1976. Los gobiernos constitucionales se orientaron a otras formas de control social del conflicto, como por ejemplo la limitación de la huelga en los servicios públicos, el ejercicio restringido en los servicios esenciales, la declaración de ilegalidad de la huelga, la fijación de servicios mínimos, la convalidación del descuento de los días de huelga, el enfriamiento del conflicto a través del dictado de la conciliación obligatoria, o una interpretación restrictiva en cuanto a la titularidad de su ejercicio, que fue lo que resolvió la CSJN en el caso “Orellano” en 2016. La nota preocupante actual entonces, es que, en período democrático, se produce una escalada de la criminalización de la huelga y de la protesta social, que prevén incluso penas más rigurosas que las que estableció la más criminal dictadura militar que tuvo nuestro país.

Que estas temáticas formen parte de los actuales eslóganes de campaña, que estén incluidos en las plataformas electorales de algunos partidos político o en sus reiteradas manifestaciones públicas, cuando hay coincidencia que habrá mayor ajuste y crisis social, es preocupante.³

II. ¿De qué estamos hablando?

Cuando hablamos de criminalización de la huelga o de la protesta social, estamos haciendo referencia fundamentalmente al uso del poder punitivo del Estado para disuadir, castigar o impedir el ejercicio del derecho de huelga o de la protesta social.

Esta es la definición que han utilizado y que nos parece más acertada, tanto la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la CIDH (2019)⁴, como la Relatoría Especial de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos CIDH (2015).⁵

En un sentido más amplio de la acepción, le agregaríamos que, en el plano interno de los países, no es sólo a través del poder punitivo del Estado que se criminaliza a la huelga o la protesta social, en tanto también intervienen como ya veremos otros actores sociales y otros medios de criminalización de la sociedad civil.

III. ¿Cuál es el objetivo de la criminalización?

² Alejandro Ferrari “El derecho de huelga y el proyecto de ley “antibloqueos”, publicado en *Ámbito Financiero* el 15/09/2022

³ Ver plataforma electoral de Avanza Libertad 2021 y en reiteradas declaraciones públicas de integrantes del partido Juntos por el Cambio.

⁴ Protesta y Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH 2019

⁵ Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos. Relatoría Especial de Defensoras y Defensores de derechos humanos. CIDH 2015

El objetivo de la criminalización es claramente limitar, restringir, eliminar o reducir a su máxima expresión el derecho de huelga o de la protesta social.

Esto es grave para una sociedad democrática, porque hay coincidencias en que el derecho de huelga o de la protesta social, es el primer derecho, es garantía de garantías, es el más importante instrumento de lucha y de reclamo que utilizan de manera individual o colectivamente e independiente de las organizaciones gremiales y sociales las personas, para demandar el cumplimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, o afirmar la identidad de grupos históricamente discriminados.⁶

En el caso de la Huelga, tuvo un reconocimiento progresivo, primero como derecho social, luego como derecho constitucional, más tarde incluso convencionalizado, y finalmente reconocido como derecho humano esencial en el funcionamiento democrático como lo ha llegado a reconocer la Corte IDH en la Opinión Consultiva 27/21.⁷

Es reiterada la cita del maestro uruguayo Oscar Ermida Uriarte que en forma muy ilustrativa define a la huelga como: “es el instituto más atípico del sector más atípico de la rama más atípica del derecho”.

IV. La criminalización de la huelga o de la protesta social no es tema nuevo.

La criminalización de la huelga no es un tema nuevo, en tanto si bien tuvo un reconocimiento progresivo, nació criminalizada.

Se suele decir en los ámbitos académicos que la huelga pasó de ser prohibida, a ser tolerada para luego ser reconocida como derecho. Pero lejos está de ser esto lineal en la historia.

⁶ Ver Protesta y Derechos Humanos citada

⁷ La Corte IDH en la OC 27/21 dice en sus apartados 95 y subsiguientes: *“El derecho de huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones.” (...)* *“si bien el derecho de huelga no se encuentra expresamente reconocido en los convenios de la OIT, cabe destacar que el artículo 3 del Convenio 87 reconoce el derecho de las organizaciones de trabajadores de “organizar con plena libertad sus actividades y el de formular su programa de acción” (supra párr. 63). En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical ha reconocido la importancia del derecho a la huelga como un “corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el convenio 87”¹²⁷. En ambos casos, la huelga constituye un medio legítimo de defensa de los intereses económicos, sociales y profesionales. Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como medio de presión sobre el empleador a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras.”*

“ampliamente reconocido en el corpus iuris internacional, el derecho a la huelga también ha sido reconocido en las Constituciones y en la legislación de los Estados miembros de la OEA”

“Para el Comité de Libertad Sindical se entiende por huelga, por lo general, “la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”¹²⁹. El Tribunal coincide con esta definición,”

“Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como medio de presión sobre el empleador”

Cornaglia⁸ sostiene que en las sociedades autoritarias siempre se vio al conflicto como patológico, el que debía ser erradicado, ello ocurrió con la prohibición de la huelga por ejemplo en, Alemania, en Italia con la Ley Rocco de 1926, en España (1941), en Portugal (1933), en URSS, o por caso en Brasil en 1937. Su reconocimiento en otros países ocurrió de la mano del constitucionalismo social, por ejemplo, en la Constitución de Querétaro (México 1917), y luego de la segunda guerra mundial en Francia (1946) e Italia (1947), o por caso en Uruguay (1942).

En Argentina, es muy interesante el debate que se generó en torno a la Convencional Constituyente de 1949⁹, que finalmente no reconoció al derecho de huelga expresamente pero fue el derecho social que generó más debate en la convencional constituyente, siendo sí incorporado en el 14 bis de la Convencional Constituyente de 1957.

En las sociedades democráticas el conflicto es dinámica, es avance progresivo, es reconocimiento de nuevos derechos o mejores condiciones para los grupos más postergados.

Este debate se dio incluso entre dos visiones opuestas desde el plano sociológico, como lo son la tesis del conflicto y la tesis del consenso, como bien refiere Ana Clara Alfie.¹⁰ Prueba de ello y afiliada a la tesis del consenso, la OIT no tiene un solo convenio especial sobre derecho de huelga, y es reiterada su postura sobre el “Diálogo Social”. Muy distinta es la jurisprudencia de la Corte IDH, que reconoce el conflicto en todas sus dimensiones al definir a la huelga como “medio de presión sobre el empleador”¹¹ no ya solo como un ejercicio del derecho de libertad de expresión. Volveremos más adelante sobre este punto.

En nuestro país podemos hacer una larga cronología de normas que criminalizaron o limitaron el derecho de huelga.

Por ejemplo la Ley Cané (en honor a Miguel Cané que la propuso) el primer antecedentes podemos situarlo con la Ley Residencia (1902) que buscó expulsar a los extranjeros por participar en ellas; continuando con la Ley Defensa Social (1910) que estableció penas para el que “*por medio de insultos, amenazas o violencia intentase inducir a una persona a tomar parte de una huelga*”; no debemos obviar en nuestro análisis el Código Penal de Moreno (1921) que si bien no estableció un delito específico de huelga, hay coincidencia en que la figura de la “asociación ilícita” hoy vigente, tuvo como objetivo mitigar las protestas sociales de la época¹²; el Decreto 556/45 del gobierno de facto, estableció delitos contra la seguridad Estado y básicamente prohibió la huelga en los servicios públicos; Ley 14.786 (1959) de Conciliación Obligatoria, hoy vigente no la criminalizó pero sí buscó enfriar el conflicto y sirvió muchas veces para limitarla; el Plan Conintes (1960) estableció la figura de “delincuentes terroristas” para los líderes de las protestas sociales;

⁸ Ricardo Cornaglia. “La huelga” Editorial La Ley 2006.

⁹ Puede consultarse un muy interesante trabajo de Jorge Afarian “Derecho de huelga y Constitución argentina de 1949: Las peticiones a la Convención Constituyente, en Trabajos y Comunicaciones n° 51 UNLP, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.

¹⁰ Ana Clara Alfie “Conflicto y derecho de huelga: reflexiones a partir del caso argentino. Revista latinoamericana de derecho social 2012.

¹¹ Ver OC 27/21 y Extrabajadores del Organismo Judicial de Guatemala de la Corte IDH

¹² Eugenio R. Zaffaroni, Derecho Penal y Protesta Social Universidad de Buenos Aires 2005; ver también Matilde Bruera “La legislación penal y la represión de la protesta social” Revista la Causa Laboral de la Asociación de Abogadas y Abogados Laboralistas.

la Ley 16.936 (1966) de Arbitraje Obligatorio, hoy derogada estableció esta figura para poner fin a los conflictos; la Ley 17.183 (1967) Limita huelga en empresas y organismos del Estado; la Ley 17.567 establece los delitos de “amenazas calificadas”, “extorsión”, “intimidación pública” “instigación”; también hay que recordar la creación del “Camarón” 1971 (Lanusse) como órgano del poder judicial para perseguir y juzgar a los líderes de los conflictos sociales; la Ley 20.840 (1974) Penaliza actividades subversivas; la Ley 21.261 (26/03/1976) establece la suspensión del derecho huelga; la Ley 21.400 (1976) establece el Delito de huelga con una pena de 1 a 6 años de prisión; el cuestionado Decreto 2184/90 del menemismo que limita la huelga en los servicios esenciales lo que finalmente fue derogado por la Ley 25.250 (2000) y regulado actualmente por art. 24 Ley 25.877 (2004) y su decreto reglamentario 272/2006; la Ley antiterrorista 26.268 (2006) reformada 26.734 (2011); a lo que le sumamos los proyectos de Vanossi de Responsabilidad del Estado por acción u omisión por los daños que genere la protesta social (2007); el Proyecto de regulación de piquetes (Kunkel, Conti, García) (2014); el Protocolo anti-piquetes y agravamiento de penas (Macri 2016); el fallo de la CSJN “Orellano” (2016); el DNU 70/17 migratorio de Macri que como revivir la vieja Ley de Residencias, hoy por suerte derogado (2021), y ahora los proyectos “antipiquetes” de diputados de Juntos por el Cambio o las plataformas electorales del espacio La Libertad Avanza (2021).

El fenómeno no es nuevo, pero la realidad actual es preocupante.

V. ¿Quién criminaliza?

Resulta interesante identificar quien o quienes son los que criminalizan.

No es sólo el poder represivo del Estado es el que criminaliza, aunque continúa siendo el origen más importante en las criminalizaciones.

En las sociedades actuales, en donde los Estados ven perder preponderancia ante el importante crecimiento de grupos económicos y el capital concentrado, el discurso público, el manejo de la información por los canales de televisión y las redes sociales, involucran a otros autores sociales no estatales como originarios de acciones de criminalización. Basta leer cualquier diario de circulación nacional, o especializado en temas económicos, como definen y se refieren a la huelga y a las protestas sociales en forma estigmatizantes.

Por lo que hay que reducir sólo el análisis a la criminalización que se hace desde el poder punitivo del Estado.

VI. ¿A quiénes se criminaliza?

La criminalización está dirigida principalmente a los líderes, participantes de las huelgas y manifestaciones sociales.

También se criminaliza a los abogados y abogadas que participan en su defensa.

En nuestro país no hace mucho, el expresidente Mauricio Macri trató a los abogados laboralistas como “*mafia de los juicios laborales*”, el senador Martín Lousteau se refirió al “*curro de los abogados laboralistas*”, en el mismo sentido se pronunció la ex gobernadora María Eugenia Vidal y otros líderes políticos en medios masivos de comunicación.

En el informe de Protesta y Derechos Humanos antes citado, se resalta la prohibición de estigmatización pública en sus discursos de las autoridades políticas hacia líderes y participantes en protestas sociales.

En el informe sobre Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos antes citado, hay un muy completo desarrollo de las modalidades de criminalización y a quienes está dirigida. En el caso de abogados y abogadas, no deben ser identificados con sus defendidos y debe guardarse un estricto respeto a su labor.

Las abogadas y abogados que participan en la defensa son reconocidos como defensoras y defensores de derechos humanos, claro que los más afectados son los trabajadores y trabajadoras y sus líderes gremiales y sociales.

VII. ¿Cómo se criminaliza?

Generalmente se analiza la criminalización en forma restrictiva. Sólo se analiza la creación de normas penales o contravencionales que tipifican delitos de huelga, protesta, o tumultos públicos. Ahora bien, si bien puede ser la modalidad más llamativa no es la única.

Proponemos que se debe hacer un análisis integral de todos los medios por los cuáles se criminaliza a la huelga y a la protesta social.

Se deberían analizar como medios de criminalización los siguientes:

- El Poder de Policía, lo que queda demostrado con represiones en la vía pública, desalojos, etc.
- El Poder Legislativo con la creación de normas tipificando delitos penales o contravencionales de huelga y/o protesta social.
- La actuación de la Justicia (Penal y Contravencional), en la apertura de causas, las que aún cuando no lleguen al dictado de sentencias definitivas o se pronuncien sin condenas las conductas, sí dictan medidas cautelares, tardan en la resolución de las causas, siendo utilizada esa modalidad como enfriamiento del conflicto o escarmiento para el colectivo, “sacando de la cancha” a los líderes de una huelga o protesta social. Hay muchos ejemplos de casos de condena a líderes sociales por el solo hecho de participar en una huelga o una protesta, uno de los casos más paradigmáticos en Argentina fue por ejemplo el caso de la docente de Bariloche “Marina Schifrin” condenada por haber participado de un corte de ruta (en el que habían intervenido gran cantidad de personas incluso el propio intendente de la ciudad); también el caso de Julio Alais, condenado por el corte (durante 40 minutos) de las vías del tren junto a un grupo numeroso de trabajadores en el agitado mes de diciembre de 2001. O los casos de los choferes de la línea Este de colectivos de la ciudad de La Plata en donde intervino el Dr. Eduardo Curuchet. Son muchos los casos que se

reiteran a diario, pero como dice Matías Cremonte, si bien las condenas penales no son mayoritarias, sí se utilizan las medidas preventivas y cautelares como elemento disuasivo de las protestas sociales.

- La utilización del espionaje, siendo Argentina un claro ejemplo de ello, por ejemplo, lo que se conoció con la denominada “*Gestapo antisindical*” o la información que brindó la interventora del órgano de escuchas a un secretario general de un sindicato de que existían en el organismo 7 biblioratos con información personal ilegal, por el solo hecho de haber participado en una huelga o protesta social.¹³

- Estigmatización pública (periodística o en redes) como reiteradamente se hace referencia a la huelga y la protesta social en forma estigmatizante. En algunos casos la prensa no criminaliza sino que oculta los hechos graves de criminalización social, siendo ejemplo de ello las muertes de dos líderes sociales como Maximiliano Kosteki y Darío Santillán a manos de la policía bonaerense en plena jornada de marcha y protesta en el espacio público, en donde un diario de principal circulación tituló “*La crisis causó dos nuevas muertes*”, ocultando el verdadero autor del crimen que había sido un integrante de la policía.

Estas son las formas más significativas en que se expresa la criminalización de la protesta social, por lo que aconsejamos no se reduzca su análisis solamente a la intervención de la actuación del Poder de Policía, de la Justicia Penal o a la tipificación de nuevas figuras penales o contravencionales como se hace habitualmente.

VIII. ¿Qué papel juega el discurso jurídico?

El discurso jurídico juega un rol central, en tanto en muchos de los fallos de condena penal a huelguistas y líderes sociales, se invocan afirmaciones doctrinarias en apoyatura de esas condenas.

¿Qué ha dicho la doctrina jurídica frente al conflicto social?

Hay posiciones contrapuestas.

Una es la posición vernácula y mayormente conservadora, que se sustenta en una precaria interpretación del funcionamiento democrático. Es la postura de la democracia liberal.

La otra posición que ha hecho importantes esfuerzos doctrinarios en criticar y argumentar en favor al derecho de protesta y fundamentalmente en ocupación del espacio público, siguiendo las doctrinas del “foro”, es la que conocemos como la de la democracia deliberativa. Cuyo mayor exponente local es Roberto Gargarella, que siguiendo los lineamientos de Carlos Nino critica fuertemente la postura anterior en tanto no se puede reducir a la ciudadanía a una mera intervención sólo en períodos electorales, y que la protesta es otra forma de participación democrática y una forma esencial de canalizar el

¹³ Ver “La Gestapo macrista: siete biblioratos que muestra el espionaje a los sindicatos” Diario Página 12 24/02/2022.

derecho de libertad de expresión, siendo este de protección privilegiada por ser uno de los derechos esenciales del nervio democrático.¹⁴

Hay también otra postura que sin desdeñar la posición de la democracia deliberativa, plantea la circunstancia de que se debe avanzar en conceptualizaciones que no escondan el verdadero carácter de la protesta social, no esconder bajo de la alfombra la puesta en escena de las fuerzas populares, que no son sólo el ejercicio de la libertad de expresión, son también márgenes de violencia aceptada que son constitutivos del conflicto social, debiendo aceptarse sus dimensiones. La protesta es un acto de fuerza de presión, no sólo libertad de expresión. El lo que sostiene por ejemplo Mauro Benente.¹⁵

Lo cierto es que desde la postura de la democracia liberal, se reduce la participación los ciudadanos y ciudadanas a la emisión del voto en cada elección, y en todo caso a ejercer el derecho de peticionar ante las autoridades, pero sólo por los canales formales. Cualquier manifestación pública ya sea de ocupación del espacio público o no, que genere un tumulto es delito de sedición (art. 22 de la constitución nacional) que el Estado debe remover a través de su aparato represivo. Estas afirmaciones la hacen extensible a la huelga como a la protesta social.

Puede sintetizarse la posición conservadora así:

1. El pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes (Democracia Liberal), sino incurre en sedición (art. 22 CN)
2. La huelga es un derecho constitucional limitado, no absoluto (art. 14 bis CN)
3. La huelga debe ser ejercida en forma legítima es decir conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio
4. No puede ser entendida como negación de otros derechos (33 CN) ni puede afectar el interés público
5. En el caso de la huelga, debe ser promovido por un sindicato “los grupos informales de trabajadores no pueden promover medidas de fuerza” (Orellano CSJN 2016)
6. En el caso de ocupación del espacio público, debe exhibir autorización formal
7. En el caso de la huelga, sólo se trata de una abstención, colectiva y concertada
8. La huelga debe respetar los procedimientos de conciliación y arbitraje vigentes
9. La huelga no debe afectar los servicios esenciales y en todo caso debe garantizar los servicios mínimos
10. El único daño legitimado, en el caso de la huelga, es el ocasionado por la abstención del trabajo siempre y cuando la medida no sea declarada ilegal y siempre y cuando la medida sea motivada por el incumplimiento patronal.
11. No corresponde el pago de salarios por los días de huelga, en tanto la obligación de su pago afecta el derecho propiedad, se suspende el contrato, “amén de impropio, es una ofensa a la dignidad de los trabajadores” (Ackerman)

¹⁴ Roberto Gargarella “El derecho a la protesta. El primer derecho” Editorial AD-HOC 2007 o también “El derecho a resistir el derecho” 2005, o “Carta contra la intolerancia”

¹⁵ Mauro Benente “Criminalización y regulación de la protesta social. El fracaso de la teoría de la democracia deliberativa” lecciones y Ensayos n° 95 2015.

12. Si no se cumplen todos estos pasos, su ejercicio es ilegítimo, se lo califica de exceso, se debe suspender la medida y evaluarse la configuración de acciones típicas, antijurídicas y culpables, sancionables por el derecho penal y contravencional

Los tipos penales más utilizados actualmente son como se dijo la “asociación ilícita”, la “coacción”, la “instigación”, la “usurpación”, el delito de “daño”, “infundir temor o tumultos o desórdenes en la vía pública”, y obviamente el “corte o interrupción de las vías públicas”, “apología del crimen”, “calumnias e injurias”, entre otros que dependen muchas veces del ingenio de la fiscalía de turno.

Cornaglia¹⁶ nos recuerda un artículo del maestro italiano Francesco Carnelutti (1948 ¿Derecho o delito de Huelga? LL) allí se identificaba a la huelga con la guerra, decía que *“cuando los obreros celebraron la libertad de declarar la huelga, esa conquista significó la libertad de hacer la guerra”* *“El derecho de huelga en la Constitución Italiana de 1948 fue un paso atrás en el camino de la historia jurídica”*. Era la postura del corporativismo que tanto influyó en los doctrinarios de nuestro país. Sostiene el autor que *“las guerras son santas (..) se las justifica desde la óptica del sujeto de una dominación”* *“las guerras son crímenes desde la óptica del dominante cuando por ellas es agredido”* *“La huelga no es una guerra aunque se trate de un conflicto colectivo”* *“La guerra y las huelgas no son crímenes de por sí”* *“Gracias a la guerra de liberación existen países como el nuestro”* *“Gracias a las huelgas se fue construyendo el derecho del trabajo, también como instrumento de liberación de clases”*.

Bidart Campos por ejemplo decía que (en 1964. El Derecho Constitucional de Huelga y el Código Penal LL) *“¿Es admisible suponer que habiendo alcanzado formalmente el derecho de huelga una jerarquía constitucional, desaparece la base constitucional y legal de la incriminación por hechos cometidos en ejercicio de un movimiento huelguístico? La respuesta negativa se impone”* (comentando el fallo “Rivas 13/05/1964 CSJN que ratificó la condena por usurpación y desobediencia a un grupo de trabajadores por ocupar el local patronal en plena huelga).

Los autores Roberto Gargarella¹⁷ y Mauro Benente¹⁸, le dedican un importante espacio analizando las citas que realizan algunos fallos judiciales de reconocidos doctrinarios en cuanto a la afirmación del limitado ejercicio del derecho de huelga y protesta social.

Miguel Ángel Ekmekdjian (1994 Tratado de Derecho Constitucional) dice al respecto que *“lo que afirma el art. 22 CN es que la única forma legítima y verificable de la expresión soberana del pueblo es el sufragio. (...) Otro tipo de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio (tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, lockouts u otros medios de acción directa, vaya o no acompañadas por las armas, etc.) no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo, sino a lo sumo la de un grupo sedicioso”*

Juan Carlos Cassagne (2002 Reflexiones sobre los cacerolazos) dijo que *“los ciudadanos (deben canalizar) sus protestas ante el Congreso, en forma ordenada y pacífica, habida*

¹⁶ Ricardo Cornaglia obra citada

¹⁷ Roberto Gargarella obra citada

¹⁸ Mauro Benente obra citada

cuenta que constituye el ámbito natural de la democracia representativa en la que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes” “Hasta que (el derecho de reunión no sea regulado por el Congreso), el dique de contención para combatir los excesos parece estar sólo en un Código Penal que pocas veces se aplica”

Angélica Gelli (2003 Constitución Argentina comentada y concordada) en comentario del artículo 22 dice que *“las acciones llevadas a cabo con la finalidad de llamar la atención de la opinión pública y presionar a las autoridades con cortes de rutas, caminos o calles encuadran en la prohibición constitucional”*

Walter Carnota (2005 “Reunión pacífica y sin armas) *“la protesta social, como tantas cosas de la vida, empezó siendo legítima, al manifestar una serie de agravios, más que nada en el frente socioeconómico. Prontamente empero, extravió el rumbo. Desde hace años la Ciudad de Buenos Aires se ha transformado en un caos vehicular. Derechos tan mínimos como la seguridad individual o la circulación territorial se han visto empedidos por el calendario y los cronogramas de los que “marchan”. Y allí es donde los reclamos y las protestas, al interferir con otros derechos igualmente valiosos y legítimos, se convierten en “disfuncionales” y en violatorios al orden público constitucional”*

Gregorio Badeni (2006 Tratado de Derecho Constitucional) *“la petición deja de ser un derecho que merece tutela legal cuando, por su intermedio, se incurre en la comisión de delitos o se lesiona el orden o la moral pública”* (incluye: 1) piquetes, 2) corte de vías de comunicación, 3) ocupación de espacios públicos y 4) ocupación establecimientos privados)

Reinaldo Vanossi (2006 presentó un Proyecto de Ley) que establece la responsabilidad del Estado Federal por no prevenir o reprimir la protesta social, responsabilidad por *“los daños producidos por acción u omisión del ejercicio del poder de policía del Estado, en particular por adoptar o no adoptar las medidas preventivas y/o represivas adecuadas ante cortes de rutas, puentes, vías navegables o de comunicación de todo tipo, o el acceso a lugares públicos o privados, aeropuertos, empresas, representaciones diplomáticas extranjeras, paseos públicos, instituciones educativas de cualquier nivel, o cualquier lugar en el que algún individuo tenga legítimo derecho de transitar o ingresar.”*

Desde la posición de la democracia deliberativa e incluso desde posiciones más amplias al pleno reconocimiento de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales, se ensayan importantes líneas de como argumentar en contra de estas posiciones doctrinarias conservadoras.

Podemos sintetizar la postura amplia así:

1. La huelga y la protesta social, es el primer derecho, es el derecho más sensible a la idea de democracia, es un derecho social, constitucional, convencional y finalmente un derecho humano esencial
2. No es conveniente su reglamentación, en tanto seguramente será restringido su ejercicio
3. Si bien no puede afectar los derechos de otros, hay siempre conflicto de derechos. Se debe realizar una ponderación o balanceo de los derechos en juego *“los magistrados tienen la obligación de proteger prioritariamente, y tanto como sea posible, los derechos más cercanos al nervio democrático –*

en este caso, sin dudas, los derechos relacionados con la expresión y la protesta.”¹⁹

4. Puede ser promovido por cualquier trabajador o trabajadora afectada²⁰
5. Es un medio destinado a preservar, restaurar o buscar el reconocimiento de un derecho o mejores condiciones de trabajo
6. Es una derivación del derecho de libertad sindical, de peticionar a las autoridades, de libertad de expresión (democracia deliberativa)
7. Puede asumir distintas formas de expresarse, ya sea con la interrupción de la prestación u otras, dentro o fuera del lugar de trabajo
8. La obligación de garantizar servicios mínimos no puede menoscabar la eficacia de la medida²¹
9. Siendo ejercicio de un derecho, nunca puede constituir acto ilícito ni por tanto sanción penal ni contravencional
10. No acarrear responsabilidad por los daños razonables, aunque se haga una distinción entre daños normales y anormales

Enrique Petracchi (1991 fallo CHA) decía (citado por Gargarella) *“triste hábito de recurrir a conceptos como el de bien común para justificar decisiones de gobierno de turno, restrictivas de la libertad”*. Agregaba que el bien común, las buenas costumbres o el orden público en todo caso encuentran su límite en los derechos individuales no al revés.

IX. ¿Hay algo qué podemos hacer desde el derecho?

Lo primero que podemos hacer desde el derecho, es no excusarnos en asesoramiento de personas que se encuentran criminalizadas por hechos de protesta.

Si bien puede ser que no tengamos la especialización penal, no podemos dejar la defensa de estas personas sólo en manos de los abogados y abogadas penalistas, muchos de ellos con gran apego al estudio de las normas penales internas del país, pero con gran desconocimiento del Derecho Interamericano de la prevalencia que debe tener la defensa en el goce de los derechos de protesta en conflictos sociales no violentos.

Roberto Gargarella²², dice que *“los magistrados tienen la obligación de proteger prioritariamente, y tanto como sea posible, los derechos más cercanos al nervio democrático – en este caso, sin dudas, los derechos relacionados con la expresión y la protesta.”* *“en casos como los que examinamos, la libertad de expresión no solo merece ser tomada en cuenta como cualquier otro derecho afectado, sino que -mucho más- requiere de una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”*

¹⁹ Roberto Gargarella obras citadas. En el mismo sentido CIDH informes de las relatorías de Libertad de Expresión y de Defensoras y Defensores de derechos humanos citadas.

²⁰ OC 27/21 y caso de Exabajadores del Organismo Judicial de Guatemala de la Corte IDH

²¹ Comité de Libertad Sindical y de Expertos en interpretaciones de Convenios y Recomendaciones de OIT. CIDH entre otros.

²² Roberto Gargarella obra citada

Roberto Gargarella (2006 Carta abierta contra la intolerancia) dice *“creo que el consejo puede ser más preciso, para señalarle al magistrado su deber más importante, que es el de proteger al que habla, sobre todo si se trata de una voz que pretende una crítica contra quienes ejercen el poder. Esa voz es la que más necesita ser protegida.”*

Mauro Benente²³ *“aquí lo que está en juego es otra cosa (que) la reducción de una protesta a una simple “voz” “en las protestas aquello que centralmente se expresa no es otra cosa que una demostración de fuerza (...) el logro de los objetivos de la protesta depende mucho menos del contenido de lo expresado, de las buenas razones, que del daño y la molestia causada. No es correcto situar al diálogo en el centro de la escena porque si este existe es por el trasfondo de la manifestación de fuerzas, de un ejercicio de poder que se ubica en la misma trama del diálogo. Hasta tanto la generación de violencia no se produzca, hasta tanto el corte de rutas o calles no cause molestias, no hay diálogo entre funcionarios y manifestantes.” “el diálogo es la continuación de la fuerza por otros medios.” “la protesta, el piquete, es una manera de desbordar los canales institucionales, y es una intervención en el espacio público empleada para presionar a las instituciones para resolver reclamos que seguramente ya fracasaron en su tramitación formal dentro de las instituciones.” “la protesta no es el síntoma de una mala traducción de las demandas, es un mecanismo de presión para que ellas sean atendidas”. “los paros docentes (...) para lograr el cometido, no depende solamente del potencial expresivo, sino también de su potencial dañino. No es casual, pues, que los reclamos docentes, los paros y manifestaciones se desarrollen durante el ciclo lectivo - cuando es posible generar daño a padres y estudiantes- y no en períodos de receso. El potencial de expresión es el mismo en cualquier época del año, pero el daño que generan es muy diferente. (...) Lo que cambia es la magnitud del daño producido. “los desarrollos de la democracia deliberativa no hacen explícitos los márgenes de violencia (...) que son constitutivas de todo corte de ruta o calle” “resulta inútil a la hora de poner frenos a proyectos conservadores que respetuosos de la libertad de expresión, punzan de la protesta todo ejercicio de fuerza y presión.”*

X. Estándares básicos de no criminalización de la protesta social del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El ejercicio del derecho de huelga y de la protesta social no puede ser *“per se”* penalizado.

Si bien estos derechos no habilitan en su ejercicio a poner en riesgo la seguridad e integridad de las personas, ni a generar daños *“anormales”* conforme lo ha calificado la doctrina²⁴, no pueden ser restringidos ni criminalizados por el poder represivo de los Estados.

El Sistema Interamericano es categórico en cuanto a que la huelga, la manifestación y el derecho de protesta *“son elementos esenciales del funcionamiento y la existencia misma del sistema democrático”* que los Estados *“deben asegurar y garantizar”*²⁵.

²³ Muro Benente obra citada

²⁴ Ver Ricardo Cornaglia obra citada página 281

²⁵ Ver Informes de las Relatorías antes citados

Los estándares interamericanos establecen directivas claras para los órganos legislativos de los Estados al referir que *“es inadmisibles la penalización per se de las demostraciones”* del derecho a la protesta social, además deben abstenerse de *“tipos penales vagos o que criminalizan conductas propias de una protesta social”*²⁶

Los Estados deben respetar, asegurar y garantizar este derecho para ser ejercido *“sin necesidad de autorización”*, además *“las fuerzas de seguridad no deben actuar bajo el supuesto de que constituyen una amenaza al orden público”*; *“las fuerzas armadas no deben participar”*, se debe *“asegurar que las fuerzas de seguridad que intervengan para proteger y controlar el desarrollo de las manifestaciones y protestas tengan como prioridad la defensa de la vida y la integridad de las personas”*, también se debe asegurar que quienes *“fueran víctimas de violaciones y abusos a sus derechos fundamentales en el ejercicio de la protesta puedan acceder en forma efectiva a la justicia”*, se deberá también *“investigar y sancionar a los responsables de ataques, violencia, amenazas, hostigamiento y uso abusivo de la fuerza en el contexto de protestas”*, *“las contramanifestaciones y protestas concurrentes no pueden prohibirse”*, las personas que participan de las protestas deben *“estar protegidas de injerencias indebidas a su derecho a la privacidad”*, *“no deben realizarse detenciones masivas”*, y algo que lamentablemente ha sido una práctica ilegal y habitual en Argentina en los últimos años *“las actividades de inteligencia”* están terminantemente prohibidas y son *“contrarias a los estándares interamericanos”*²⁷

Finalmente, para las y los operadores jurídicos, además de respetar y aplicar los convenios conforme a la interpretación que realizan sobre los mismos los órganos del sistema interamericano, deben estar capacitados *“en todos los niveles en la interpretación del contenido y alcance de los derechos (de protesta social)”*²⁸

Es importante resaltar la conceptualización amplia de la huelga que viene haciendo la Corte IDH, al no sindicarla solamente como una manifestación del derecho de libertad de expresión, aunque existe un evidente vínculo con este derecho, cuando refiere en la OC 27/21 del 5 e mayo de 2021 que siendo uno de los *“derechos humanos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones (...) (está) ampliamente reconocido en el corpus iuris internacional (...) (es un) medio de presión sobre los empleadores (...) (es) el instrumento más poderoso de protección de derechos sociales (...) (tiene por) finalidad (...) mejorar las condiciones de trabajo o de vida de los trabajadores y las trabajadoras; (...) las reivindicaciones colectivas de las organizaciones sindicales; (y) las que impugnan políticas públicas”*. Esta línea jurisprudencial del máximo órgano jurisdiccional interamericano se completa con la causa *“Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala”* del 17 de noviembre de 2021 en donde se reiteran los conceptos antes transcritos.

John Rawls en su clásica obra de *“Teoría de la Justicia”* (1978) decía que *“el problema de la obediencia (al derecho) es problemático para las minorías que han sufrido la injusticia durante muchos años”* de allí que *“la responsabilidad no recae en aquellos que protestan, sino en aquellos cuyo abuso de poder y de autoridad, justifica tal oposición,*

²⁶ Ver Informes de las Relatorías antes citados

²⁷ Ver Informes de las Relatorías antes citados

²⁸ Ver Informes de las Relatorías antes citados

porque emplear el aparato coercitivo del Estado para mantener instituciones manifiestamente injustas, es una forma de fuerza ilegítima a la que los hombres tienen el derecho de resistirse”.