

Às permanentes mestre e
amigo Rogério Victor Passos
com o grupo e a administração de sempre.

Alvaro Costa

21. 01. 92

Derecho de huelga**

Sumario: 1. Consideraciones generales.—2. Naturaleza jurídica de la huelga.
3. La huelga en el Derecho Constitucional comparado.—4. La huelga en el Derecho brasileño.—5. La huelga en la Constitución de 1988.
6. Sujeto activo, oportunidad del ejercicio e intereses a defender.
7. Previsión de ley reguladora ordinaria.—8. Responsabilidad por los abusos cometidos.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Al hombre no le gusta trabajar en condiciones adversas. Por eso, siempre se opone al trabajo que no respeta su dignidad humana. Son inmemoriales las raíces de la paralización del trabajo, como reacción colectiva espontánea o concertada a las condiciones por las cuales aquél se realiza.

En un régimen de subordinación laboral absoluta aquélla se corresponde con una falta de tal gravedad, que llegó a ser considerada como un delito. Pero a medida en que los trabajadores vieron reconocida su dignidad como persona humana, la comprensión de ese comportamiento enfiló un camino diverso, llegando a la categoría de realidad jurídicamente tutelada.

En la época actual, la huelga es siempre una acción colectiva, causada por factores económicos, políticos y sindicales, que fomentan la insatisfacción de la clase trabajadora.

Generalmente, el desempleo, la inflación y el desfase entre el salario y el poder adquisitivo son los motivadores principales de los movimientos huelguísticos de los trabajadores.

Las relaciones de trabajo son antagónicas, pero no necesariamente conflictivas. En una sociedad que erija la competencia como uno de sus valores principales, es natural que el agravamiento de ciertas situaciones acabe por desencadenar la abstención del trabajo como forma concreta de *presión de los trabajadores* contra los patronos, en el curso de una negociación colectiva.

Por eso, la huelga exige *organización*, pues se trata de un instrumento táctico de lucha en pro de los intereses de los trabajadores. Es la táctica del bloqueo de la producción, que amenaza los ingresos financieros del empleador, ante la paralización de las ventas y de las entregas de encargos contratadas.

Por lo tanto, del mismo modo que los patronos disponen de poder económico para hacer prevalecer sus propósitos en una mesa de negociación colectiva, los

* El autor es Ministro Togado de Carrera y actual Vicepresidente del Tribunal Superior de Trabajo del Brasil.

** Traducción de Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de La Coruña.

trabajadores también disponen de un poder, que es la amenaza de paralización del trabajo que venga a comprometer la producción, generando, en consecuencia, el estancamiento de la renta de la empresa.

Por encima de estos propósitos, la huelga funciona, naturalmente, como *medio de integración* de la categoría de los trabajadores, posibilitando la cohesión del grupo, o sea, su tránsito de un estado amorfo, de poca o ninguna significación unitaria, a un estado de perfecta unión, o sea, para usar la terminología y pensamiento de Georges GURVITCH, el tránsito repentino del estado de «masa» al estado de «comunidad».

2. NATURALEZA JURIDICA DE LA HUELGA

Como ya tuvimos oportunidad de afirmar en trabajo anterior, pocas son las leyes científicas que los investigadores hayan conseguido descubrir en relación con el fenómeno jurídico. La primera fue la *ley de Maine*, así llamada por su enunciación por Sir Henry MAINE, al identificar como un aspecto relevante del evolucionismo jurídico el tránsito del *status* al *contrato*. La otra fue la *ley de Weber*, detectada por Max WEBER y según el cual el progreso del derecho se realiza en el sentido de una racionalización; por lo tanto, de una especialización y de una burocratización crecientes.

Particularizando el instituto jurídico de la huelga, osaría reafirmar que su evolución también está sujeta a una ley científica, que podría ser expresada como el tránsito del delito al derecho. Desde los primeros tiempos de la humanidad, la paralización colectiva del trabajo, como manifestación de rebeldía a las condiciones impuestas para trabajar, siempre fue vista como un delito. Se citan ejemplos en el Egipto antiguo, en la Roma clásica, en la Edad Media, en la transición del Renacimiento a la Edad Moderna. Pero esto sólo se volvió más evidente, con la eclosión de la revolución industrial, con ocasión del tránsito del siglo XVIII al siglo XIX. De ahí que Jean CRUET, en su libro *La Vie du Droit et l'Impuissance des Lois*, al describir el momento embrionario en que comienza a nacer el Derecho del Trabajo y con él el derecho de huelga, afirme que su evolución tuvo lugar «fuera de la legalidad estricta», tanto porque los trabajadores huelguistas eran vistos como delincuentes comunes como porque la huelga era un crimen. Y fueron ellos quienes, oponiéndose a la resistencia estéril de los legisladores, acabaron por desempeñar el papel de innovadores, pues hicieron «*de un delito generalizado un derecho*».

En el curso de esa trayectoria hubo, sin embargo, intentos, por parte de la doctrina, en el sentido de encuadrar jurídicamente la huelga de otra forma, en cuanto que permanecía como delito o, por lo menos, como un acontecimiento que generaba consecuencias jurídicas. Y es que siendo la huelga un medio de coacción directa y correspondiendo al ejercicio directo de las propias razones, no podría ser tenida como derecho, pues contraría al propio Derecho. El jurista uruguayo Francisco de FERRARI, por ejemplo, decía que la huelga no era un derecho, sino un modo de crear condiciones para obtener o garantizar derechos (*apud*, Amauri MASCARO NASCIMENTO: *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*, pág. 292). ¿Qué sería entonces la huelga? Para algunos sería un *hecho social*; para otros, una *mera libertad*.

Estas teorías no pasaron de intentos de imprimir a la huelga un significado jurídico, dado que ocurría y provocaba resultados.

La huelga era interpretada como un *hecho social*, en el sentido de que podría ser asimilada a los procesos de *interacción social*. Sería, pues, un *socio-hecho*, y solamente eso, pues nunca podría merecer la connotación de *ideo-hecho*, de uso restringido, pertinente a la Sociología y clásicamente definido por Emile DURKHEIM.

Para otros, la huelga sería resultante de la libertad de trabajo. Ahora las libertades se presentan como garantías jurídicas, por lo que, con esta idea, la huelga se aproximó rápidamente a la noción de derecho fundamental. Luigi MENGONI sintetizó con bastante propiedad esta orientación, al decir que «el derecho de huelga reconocido a los trabajadores individuales es un derecho de libertad de estructura asociativa, explicando esta estructura la esencial ligazón funcional a un interés no individual, sino colectivo, eficaz no sólo frente al Estado, sino incluso frente al empleador» (*La grève et le lock-out*, CECA, 1961, *apud* Amauri MASCARO NASCIMENTO, *ob. cit.*, pág. 293).

La reflexión filosófica se encargó, por su parte, de incorporar la huelga a las Declaraciones de Derecho. MARITAIN la clasificó como un derecho de la persona social y, más particularmente, de la persona trabajadora. Con esto, los documentos internacionales multilaterales acabaron por citarla como un derecho. Fue lo que hicieron la Recomendación de la Conferencia de Chapultepec (México, 1945), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Bogotá, 1948), la Carta Social Europea (1961) y el Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966).

Anticipadamente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 31 de enero de 1917, registró ya en su artículo 123, al tratar del trabajo y de la previsión social, que «las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos las huelgas y los paros» (letra A, ítem XVII). A continuación, varias otras Constituciones, principalmente iberoamericanas, consagraron, también, la huelga como un derecho, como se podrá ver por la enumeración de Leyes Magnas que haremos seguir: Argentina, artículo 14 bis; España, artículo 28.2; Filipinas, artículo XIII, sección 3; Italia, artículo 40; Paraguay, artículo 110; Perú, artículo 55; Portugal, artículo 58.1; Suecia, artículo 17; Surinam, artículo 33; Uruguay, artículo 57; Venezuela, artículo 92; Costa Rica, artículo 61, y Nicaragua, artículo 83.

En la actualidad la huelga ha pasado a ser un derecho de mayor o menor relevancia, conforme al tratamiento legal o constitucional que le sea dado.

Para los franceses, la huelga ha sido entendida como un derecho humano fundamental. Y esto porque el derecho de huelga aparece reconocido en el párrafo 7 del Preámbulo de la Constitución de la República Francesa de 27 de octubre de 1946, mantenido por la Constitución de 4 de octubre de 1958 (Constitución de la V República).

Bajo el liderazgo de Giuliano MAZZONI y Gino GIUGNI, los italianos la han calificado como un derecho de autotutela. Pero las formulaciones no se detienen ahí. La huelga se ve, también, como superderecho, derecho potestativo,

derecho de igualdad y como derecho instrumental. Predomina, con todo, según el parecer de Amauri MASCARO NASCIMENTO, la orientación que califica el derecho de huelga como autodefensa, o sea, como «acto por el cual uno de los sujetos hace que el otro sujeto de la disputa cumpla coactivamente su pretensión (*Comentários à Lei de Greve*, pág. 11).

3. LA HUELGA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Si compulsamos las Constituciones de los diversos países, comprobaremos que asumen posturas diversas en relación con el instituto jurídico de la huelga. Existen las que omiten cualquier referencia a ella, las que la prohíben expresamente, las que la reconocen sin hablar de reglamentación y las que, previendo el instituto, sujetan su ejercicio, sin embargo, a una reglamentación.

La Constitución (Ley Fundamental) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 7 de octubre de 1977, por ejemplo, ignora la huelga, porque su sistema económico está basado en la propiedad socialista de los medios de producción y en la forma de propiedad estatal, esto es, de todo el pueblo.

En los Estados autocráticos, la huelga está, casi siempre, prohibida, pues acostumbra a ser interpretada como una acción antijurídica, que se opone a la soberanía estatal. La Constitución brasileña de 10 de noviembre de 1937, otorgada por Getulio VARGAS, es uno de los mejores ejemplos de este tipo de Carta Política, pues decía textualmente en la parte final de su artículo 139: «La huelga y el *lock-out* son declarados recursos antisociales, nocivos para el trabajo y el capital e incompatibles con los intereses superiores de la producción nacional.»

La primera parte del artículo justificaba la prohibición. Y es que se instituía la Justicia del Trabajo para dirimir los conflictos derivados de las relaciones entre trabajadores y empleadores. Ante esta creación, el Estado totalitario brasileño entendía que, si existía un órgano para componer las situaciones, conflictivas entre patronos y obreros, no había necesidad de que ambos procurasen solucionar sus divergencias a través de la huelga o del *lock-out*.

Las Constituciones de Portugal y de Argentina pueden servir como paradigma de textos magnos que aseguran la huelga sin aludir a reglamentación, pues la primera registra en su artículo 58.1 que «Se garantiza el derecho de huelga» y 2 que «Compete a los trabajadores definir el ámbito de intereses a defender a través de la huelga, no pudiendo la ley limitar ese ámbito», mientras que la segunda proclama: «Queda garantizado a los gremios: ... el derecho de huelga» (art. 14 bis).

Finalmente, Constituciones como la de Italia y la de España pueden ilustrar el tipo de las que, además de prever el instituto, prescriben algún tipo de reglamentación. Así, la Carta italiana dice que «el derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo reglamentan» (art. 40), y la española consigna, en su artículo 28.2: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

4. LA HUELGA EN EL DERECHO BRASILEÑO

Ajustándose a la línea evolutiva anteriormente señalada por nosotros, la legislación brasileña comenzó por prohibir la huelga. El Código Penal de 1890 la penalizó en sus artículos 205 y 206. Es cierto que dos meses después de su promulgación, el Decreto 1162, de 12 de diciembre de 1890, mantuvo sólo como delito la amenaza, o el constreñimiento o la violencia practicados en relación con los empleados y trabajadores para que dejaran su trabajo, sin que fuese punible el simple hecho de causar o provocar cesación o suspensión del trabajo, de acuerdo con el parecer de Evaristo de MORAES en su libro *Apostamentos de Direito Operário*, obra editada en 1905.

Comentando e interpretando la modificación mandada hacer por el «venerable Mariscal Deodoro», dice Evaristo de MORAES en su libro: «Dejó de ser punible el simple hecho de causar o provocar cesión o suspensión del trabajo que es la expresión natural del derecho de huelga; y éste puede ser ejercitado por un individuo o por un grupo de individuos coligados en asociación» (*ob. cit.*, pág. 64).

Con igual rigidez, se promulgaron otros textos legales considerando crimen incitar al funcionario público a la huelga (Decreto-ley 431, de 1938); imponiendo penas a los empleados en los casos de paralización colectiva sin la previa autorización de la Justicia del Trabajo o cuando abandonasen el servicio desobedeciendo la decisión judicial (Decreto 1237, de 1939); penalizando la ocupación de establecimiento y la violencia contra persona o cosa por causa de huelga (arts. 200 y 202 del Código Penal de 1940). Finalmente, el Decreto-ley 1237, de 1939, y su reglamento aprobado por Decreto 6596 de 1940, prescribieron, igualmente en sentido restrictivo, disposiciones relativas a la huelga.

En este mismo período, las diversas Cartas Magnas que tuvimos se ajustaron, sucesivamente, a cada uno de los modelos que señalamos en el ítem anterior (3). La Constitución Política del Imperio, de 25 de marzo de 1824, la primera Constitución republicana de 24 de febrero de 1891 y la Carta Magna promulgada el 16 de julio de 1934 omitieron toda mención con respecto a la huelga.

Explica esta situación el insuficiente desarrollo industrial brasileño de la época, pues la huelga no podía ser considerada una cuestión de monta, que justificase su inclusión en el texto constitucional. Por otra parte, sólo la Constitución de 1934 recibió el influjo de la ideología social-democrática de WEIMAR, pues las dos primeras Cartas fueron, respectivamente, siervas obedientes del liberalismo francés (1824) y del liberalismo norteamericano (1891).

La ley fundamental de 1934 ya dispensaba gran atención a la ordenación económica y social, reconociendo, incluso, los convenios colectivos de trabajo (art. 121, párrafo 1.º, párrafo «j»), pero las condiciones infraestructurales de la economía brasileña todavía no habían sido impactadas por el papel significativo de la clase obrera, como para reconocerle otros derechos de naturaleza colectiva.

Siendo eso así, estas tres Cartas Políticas brasileñas constituyen un ejemplo de la primera posición constitucional señalada con respecto a la huelga: omitieron cualquier referencia a ella.

La Constitución otorgada de 10 de noviembre de 1937 nos sirvió ya de ejemplo para ilustrar la posición de los Estados autocráticos, en los que la huelga está frecuentemente prohibida. En esta Carta, recordemos, no sólo ella, sino también el *lock-out* se declararon «recursos antisociales, nocivos al trabajo y al capital e incompatibles con los intereses superiores de la producción nacional».

Esta declaración fue importante en cuanto a la prohibición de la huelga. Con ella, el Brasil ingresó en la vía autoritaria y corporativista, camino del cual todavía no ha conseguido desvincularse enteramente, incluso con la Constitución de 1988, pues se mantiene el «sistema confederal de representación sindical», por el inciso IV de su artículo 8.º

La Constitución de los Estados Unidos del Brasil promulgada el 18 de septiembre de 1946, reconoció, expresamente y por primera vez en el Derecho Constitucional brasileño, el derecho de huelga (art. 158), pero sujetó su ejercicio a la regulación por ley ordinaria.

Los dos textos constitucionales posteriores (1967 y 1969) asumieron una posición antinómica: prohibieron la huelga en los servicios públicos y en las actividades esenciales definidas por la ley ordinaria, pero la consagraron como un derecho, sin sujetarlo necesariamente a una reglamentación, en lo tocante a las actividades excluidas del rol de esenciales.

La Constitución de la República Federal del Brasil, promulgada el 5 de octubre de 1988, aseguró el derecho de huelga en los moldes de la Constitución Portuguesa, en cuyo texto se inspiró, pero transfirió a la ley ordinaria la definición de los servicios o actividades esenciales, teniendo a la vista la necesidad de pronunciarse sobre la atención a las necesidades inaplazables de la comunidad. Por otro lado, como técnica de control de ese fenómeno escurridizo y de difícil contención, introdujo la teoría del abuso de derecho, al prescribir que «los abusos cometidos sujetan a los responsables a las penas de la ley» (parágrafo 2.º del art. 9.º).

Apoyando las Constituciones, se promulgaron algunas leyes importantes, específicas sobre el ejercicio del derecho de huelga.

El Decreto-ley 9070, de 15 de marzo de 1946, fue la primera. Emanado en plena vigencia de la Carta Otorgada de 1937, no podía regular el ejercicio de la huelga, pues ésta era constitucionalmente declarada «recurso antisocial». A pesar de ello, y con la finalidad de cumplir los compromisos internacionales del Brasil, que había firmado el acta de Chapultepec, que consagraba la huelga como un derecho, dicho texto legal fue jurisprudencialmente considerado constitucional.

Este mismo mostrenco continuó informando la jurisprudencia bajo el régimen constitucional de 1946, pues sólo en 1 de junio de 1964 vio la luz la Ley 4330, procurando regular el derecho de huelga a la manera del artículo 158 de la Constitución, cuando ya se había publicado el Acto Institucio-

nal número 1, en 9 de abril de 1964, que instauró en el país un duradero régimen de excepción.

Esta ley fue complementada, como no podía dejar de serlo, bajo la vigencia de un régimen autoritario, por el Decreto-ley 1632, de 4 de agosto de 1978, que disponía la prohibición de la huelga en los servicios públicos y en actividades esenciales de interés para la seguridad nacional.

Iniciado el ciclo constitucional de 1988, hubo intentos de continuar regulando autoritariamente este derecho fundamental, mediante la promulgación de las Medidas Provisionales números 50 y 59, la primera de 27 de abril y la segunda de 26 de mayo, ambas de 1989, pero antes de que se convirtiesen en ley, acabó prevaleciendo el buen sentido, con la aprobación, promulgación y sanción de la Ley 7783, de 28 de junio de 1989, único texto legal brasileño regulador del ejercicio del derecho de huelga mediante ley legítimamente debatida por un Congreso Nacional en el ejercicio pleno de sus funciones legislativas.

5. LA HUELGA EN LA CONSTITUCION DE 1988

En la Constitución de 5 de octubre de 1988, la huelga está garantizada como un derecho (art. 9.º), está sometida, en lo tocante a su ejercicio por servidores públicos, a los términos y a los límites de una ley complementaria (art. 37, inciso VII) o está prohibida en relación con los militares (art. 42, párrafo 5.º). Los preceptos del artículo 9.º y de sus dos párrafos son genéricos, en el sentido de que corresponden a derechos y garantías fundamentales, en el ámbito de los derechos sociales. Se aplican a los trabajadores en general, con énfasis en los de las empresas privadas. La norma del artículo 37, inciso VII, constituye una excepción al mandato genérico que garantiza el derecho de huelga, pues subordina este derecho, en lo que toca a su ejercicio en la Administración pública directa, indirecta o fundacional, de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, a una ley complementaria definidora de sus términos y límites. Finalmente, la Carta Magna exceptúa, todavía, a los militares, en cuanto al derecho de huelga en sí, pues les está prohibido ejercerlo.

El derecho de huelga es consecuencia del mandato constitucional que garantiza la libre negociación y organización sindicales, que atribuye al sindicato la defensa de los derechos e intereses colectivos de la categoría y convierte en obligatoria su participación en las negociaciones colectivas de trabajo (artículo 8.º, *caput* e incisos III y IV). Es complementario del reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo (art. 7.º, XXVI). Por otro lado, tiene apoyo en los valores en que se basa el orden socio-económico reconocido por la sociedad brasileña a través de su Constitución, como son los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa (arts. 1.º, IV, y 170, *caput*), de la propiedad privada (art. 170, II), de la libre iniciativa (art. 170, IV), lo que significa que en el Brasil se favorece y estimula la lucha y la competencia entre los individuos y los grupos, como medio de mejorar su condición y de obtener el máximo que esas reglas de juego social les pueden conceder, en todo lo cual pesa, también, el hecho de recomendar la Carta Magna, en su

preámbulo, «la solución pacífica de las controversias» y constituir objetivo fundamental de la República Federal Brasileña la construcción de una sociedad solidaria, lo que significa que el proceso social básico recomendado es el de la competencia cooperativa.

Aunque el texto constitucional asegure el derecho de huelga de manera aparentemente amplia —«Se garantiza el derecho de huelga, competiendo a los trabajadores decidir sobre la oportunidad de ejercerlo y sobre los intereses que deban defender por medio de él»—, permaneció anclada en el modelo autoritario y corporativista, al atribuir a la Justicia del Trabajo, como integrante del Poder Judicial del Estado, competencia para imponer decisión arbitral, con el fin de acabar con la huelga, disminuyendo, así, significativamente, el poder de negociación de los sindicatos de trabajadores. Y es que compete a la Justicia del Trabajo, en virtud del artículo 114, conciliar y juzgar los conflictos colectivos entre trabajadores y empleadores, con inclusión de los entes de derecho público externo y de la administración pública directa e indirecta, de los Municipios, de los Estados y de la Unión. Actualmente, la huelga llega a conocimiento de la Justicia del Trabajo a través de un proceso de conflicto colectivo, pudiendo la misma establecer normas y condiciones (artículo 114, parágrafo 2.º) que no sean, exactamente, las que corresponden a los intereses defendidos por los trabajadores.

Como se ve, la Constitución de 1988 creó mucho espejismo ilusorio, que no llega a ser percibido, a no ser que su texto se interprete orgánicamente. Y alimentaron esa ilusión los que, por interés propio, reivindicaron la participación de los trabajadores y empleadores en las asambleas de los órganos públicos en que tales intereses fuesen objeto de deliberación, con perjuicio del principio superior de autotutela.

La estratificación que se creó en el seno de la propia clase trabajadora permitió una mayor integración y solidaridad entre los líderes de los trabajadores con las clases dirigentes, patronales y propietarias, que con los propios liderados.

Basada en el reconocimiento de la desigual relación de fuerzas existentes entre las partes en un conflicto colectivo de trabajo, la huelga debe ser el procedimiento extremo, en el contexto de un proceso que se inicia con la negociación colectiva (art. 114, parágrafos 1.º y 2.º) y se agrava con la cesación del trabajo, cuando las categorías en conflicto no recurren al arbitraje (art. 114, parágrafos 1.º y 2.º) o no llegan a la celebración de convenio o acuerdo colectivo de trabajo (art. 7.º, XXVI).

Esta es la estructura constitucional relativa a la huelga. Conviene ahora disecionarla y repartirla, para una mejor comprensión.

6. SUJETO ACTIVO, OPORTUNIDAD DEL EJERCICIO E INTERESES A DEFENDER

El constituyente brasileño se inspiró en el artículo 58 de la Constitución de Portugal, en vigor a partir de 25 de abril de 1976, en lo que toca a la regulación constitucional del derecho de huelga, que aparece insertado en el Título de los Derechos y Garantías Fundamentales, y no en la ordenación económica y social en la cual aparecía insertado en la Carta Política anterior.

Como la Constitución habla de *trabajadores*, se puede atribuir el papel de sujeto activo de la huelga a ellos y no al sindicato. Pero ocurre que la huelga es sólo el momento de un *continuum* que se inicia con la negociación colectiva, «siendo obligatoria la participación de los sindicatos en las negociaciones colectivas» (art. 8.º, inciso VI). Todavía más, es al sindicato a quien compete «la defensa de los derechos e intereses colectivos e individuales de la categoría» (art. 8.º, inciso III), pues esa fue la forma que el constituyente encontró de obstaculizar la huelga salvaje, o sea, la huelga decretada sólo por los trabajadores, que, de esta forma, sólo podrán actuar como grupo distinto del sindicato, cuando éste fuese inexistente o recusase intervenir en la negociación con la categoría patronal. La iniciativa de los trabajadores en relación con la huelga constituye, de esa forma, una excepción, que sólo podrá ser usada en las hipótesis excepcionales apuntadas, como residuo del ejercicio de un derecho fundamental.

De cualquier manera, un sindicato se compone de trabajadores y como son ellos quienes, en asamblea, van a decidir lo que les parezca conveniente, en última instancia el ejercicio del derecho es definido por ellos, aunque instrumentalizado, sustitutoriamente, por la entidad sindical.

Los trabajadores, reunidos en asamblea, deciden entre otras cosas, prioritariamente, sobre la conveniencia del movimiento, para, después, resolver en qué momento deberá ponerse en práctica. La evaluación del provecho de una acción racionalmente concebida precede, siempre, a la decisión respecto de su eclosión. Como la huelga es una táctica reivindicativa o de defensa, de ello deriva cuán importante es evaluar la conveniencia del movimiento.

Estas reflexiones se derivan del hecho de que el texto constitucional afirma que compete «a los trabajadores decidir sobre la *oportunidad*» de ejercitar el derecho de huelga. El vocablo *oportunidad* posee, como primera acepción, la «cualidad de oportuno» y oportuno viene a ser aquello que es apropiado. Por ello, no nos parece acertado interpretar jurídicamente el vocablo «oportunidad», contenido en el *caput* del artículo 9.º —«competiendo a los trabajadores decidir sobre la *oportunidad* de ejercitarlos»— con el significado de «*momento* en el que deberán paralizar las actividades de una empresa» al modo como lo entendió Eduardo Gabriel SAAS en su obra *Constitución y Derecho del Trabajo* (pág. 193 de la 2.ª ed. revisada y actualizada). En el mismo error incide Carlos Alberto GOMES CHIARELLI, al poner énfasis en la conclusión de que el constituyente entregó «a la categoría profesional la competencia para escoger la *fecha* de comienzo de la huelga» (*Trabajo en la Constitución*, vol. II, Derecho Colectivo, pág. 130).

Si la interpretación correcta fuese la de los ilustres comentaristas arriba citados, no se podría cercenar a los trabajadores el ejercicio del derecho de huelga, porque habría de hecho un recorte, por causa de la imposición de que la paralización del trabajo sea comunicada con antelación a la entidad representativa de la categoría patronal, y es que el rito del preaviso de huelga representa una postura admitida por el derecho comparado, incluso en aquellos países, como Portugal, que, en este particular, nos sirvió de inspiración.

Cuando la Constitución habla, pues, de que compete «a los trabajadores decidir sobre la *oportunidad* de ejercitarlo» —el derecho de huelga— se pronun-

ció sobre la conveniencia y no sobre el momento en que el mismo deba ser ejercitado.

En cuanto al objeto de la huelga, esto es, en cuanto a los intereses a defender, tampoco puede la hermenéutica extrapolar los límites de lo razonable. La Constitución no protegió el instituto jurídico de la huelga de forma indiscriminada. Cuando se incorporó al rol de los derechos y garantías fundamentales, fue encuadrada en el contexto de una ordenación jurídica que posee límites implícitos, configurados por otros derechos fundamentales concurrentes. Cada derecho fundamental posee una finalidad y ésta debe ser identificada, para que no se produzca una extralimitación de los propósitos constitucionales.

La huelga de trabajadores afecta a la mayoría de las condiciones de trabajo. Es, como ya se vio, un instrumento de presión contra el empleador. Luego debe mantenerse dentro de esos parámetros, so pena de extrapolar los límites que le fueron jurídicamente fijados.

Siempre que una paralización distorsione la finalidad implícita de la huelga, está agrediendo al propio derecho, pues estará siendo utilizada con intención distinta de aquella para la que fue creada.

Esta es la razón por la cual el derecho comparado no admite las huelgas innovadoras, esto es, las huelgas destinadas a reivindicar condiciones negociadas anteriormente y que constan en un instrumento colectivo en vigor; las huelgas de solidaridad, realizadas en defensa de los derechos que no sean de los propios trabajadores en conflicto; las huelgas políticas, dirigidas contra el poder público en cuanto que poder público y no como empleador. En este particular, el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, se pronunció en el siguiente sentido, en su caso 364: «las huelgas de carácter puramente político no se encuadran en el ámbito de los principios de la libertad sindical».

7. PREVISION DE LEY REGULADORA ORDINARIA

El ejercicio del derecho de huelga no ha quedado subordinado a la legislación ordinaria o complementaria, a no ser en lo que se refiere a los movimientos huelguísticos ocurridos en la administración pública. Pero hay, en la Constitución, una previsión de ley reguladora ordinaria, para la definición de los servicios o actividades esenciales dirigida a garantizar la satisfacción de las necesidades inaplazables de la comunidad.

Al preceptuar eso, en el parágrafo 1.º del artículo 9.º, la Constitución abrió dos caminos al legislador ordinario: el de la mera conceptualización, dejando al criterio de la jurisprudencia administrativa y judicial el encuadramiento de los servicios y actividades existentes en ese concepto, y el de su enumeración legal.

Siguiendo la prevalencia existente en Derecho comparado, el legislador ordinario brasileño acabó por relacionar de forma objetiva cuáles son los servicios y actividades esenciales. Fue lo que ocurrió con la Ley 7785, de 28 de junio de 1989, que en su artículo 10 enumera, en once apartados, esos servicios y actividades esenciales.

Lo que la Constitución pretende es que se atiendan, en los servicios y actividades esenciales, durante la huelga, las necesidades esenciales de la comunidad.

Pero ¿qué es lo que vienen a ser las necesidades inaplazables de la comunidad? Son aquellas que pueden colocar en peligro la vida, la seguridad y la salud de las personas. Es el parecer dado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, que, por eso, admite en estos casos que sea restringida la huelga, sin que eso represente ofensa a la libertad sindical.

Ajustándose a este patrón, explicita el párrafo único del artículo 11 de la Ley 7783/1989, que «son necesidades inaplazables de la comunidad aquellas que, si no atendidas, coloquen en peligro la supervivencia, la salud y la seguridad de la población». Allí donde se configuren estas necesidades inaplazables, los trabajadores y los empleadores permanecen solidariamente responsables de la prestación de servicios durante la huelga.

8. RESPONSABILIDAD POR LOS ABUSOS COMETIDOS

El párrafo 2.º del artículo 9.º de la Constitución prevé que «los abusos cometidos sujetan a los responsables a las penas de la ley».

El uso de la expresión «abusos cometidos» condujo a los hermeneutas a dos interpretaciones distintas, opuestas e inconciliables. Hay los que entienden que la Ley Magna, al utilizar esa expresión, aplicó al derecho de huelga la doctrina del abuso de derecho. Integran este grupo Manoel GONSALVES FERREIRA FILHO, Amauri MASCARO NASCIMENTO, Eduardo Gabriel SAAD, entre otros, mientras que en lado opuesto mantiene una posición firme Roberto A. O. SANTOS, liderando otro grupo.

El ilustre jurista de Pará expone su parecer diciendo: «La Constitución *no habla de abuso del derecho de huelga*, alude a “abusos” en plural, lo que comprende, por ejemplo, la acción violenta obligando a alguien a trabajar o a no trabajar (Código Penal, art. 197); producir daño maliciosamente (art. 163), boicott violento (art. 198), el sabotaje (art. 202). Todos estos actos son susceptibles de punición, tanto si ocurren durante una huelga como fuera de ella, tanto si realizados por un trabajador como por un patrono, un padre, un general o un juez. Comprende también los ilícitos laborales, las faltas graves practicadas por trabajadores contra el patrono o empresa en el curso de una huelga. Pero nada de eso convierte a la huelga en sí en “abusiva”. Constituyendo *excesos periféricos* durante la huelga, son abusos a ser punidos, tanto con el despido, si fuese el caso (v. gr., depredar el patrimonio), como con la reparación civil y la aplicación de la ley criminal. Con todo, debemos tener siempre presente el brocardo jurídico latino *abusus non tollit usum* —el abuso no perjudica el uso del derecho—» (*A Greve Dita Abusiva e a Cláusula da Comunidade*, en «Suplemento Trabalhista», LTr, año XXVI, número 108/1990).

Por su parte, el profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo, Manoel GONSALVES FERREIRA FILHO, al comentar el párrafo 2.º del artículo 9.º de la Constitución, expone interpretación diversa, en los siguientes términos: «La Constitución fue expre-

sa al aplicar al derecho de huelga la doctrina del abuso de derecho. Esta posee raíces en el Derecho Romano clásico, según se ve en textos de GAYO («non omne quod licet honestum est»); está presente en los Códigos modernos (en el Código Civil brasileño aparece en el art. 81) y fue aplicada a los derechos fundamentales desde el momento en que éstos dejaron de ser vistos no como absolutos, sino como relativos (Jean RIVERO: *Les libertés publiques*, vol 1, PUF, París, 1973, pág. 98)» (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volumen I, pág. 112).

Conviene recordar que incluso los Derechos nacionales que no registran en sus textos ninguna mención a «abusos», admiten, a través de sus principales expositores, la aplicación en general de la doctrina del abuso de derecho. En Francia, SINAY y LATOURNERIE entienden que la teoría del abuso de derecho se aplica a la huelga, llegando la primera a afirmar que «como cualquier derecho, la huelga no puede ser ejercitada sin límites, so pena de instaurarse la razón de la fuerza, con todos sus desmanes» (*apud* Bernardo da GAMA LOBO XAVIER: *Direito da greve*, págs. 81-82). En Alemania, el principio de *adecuación social*, que orienta, entre otros, el derecho de huelga, conduce naturalmente a soluciones análogas a las que resultan de la doctrina del abuso de derecho, conforme entiende LOBO XAVIER, en la obra anteriormente citada, página 82. Este mismo autor, citando fuentes doctrinales y jurisprudenciales, admite que la doctrina del abuso de derecho se aplica a la huelga en Portugal, y ello, a pesar de que la Constitución de dicho país no se refiere a «abusos» como la brasileña. En fin, el profesor Antonio MONTEIRO FERNANDES, en su libro *Direito de greve*, comentando la ley de huelga portuguesa, afirma: «Es así reconocida, en general, cierta relevancia a los motivos de la huelga, señaladamente al efecto de admitirse el *abuso de derecho* correspondiente» (*ob. cit.*, página 24).

No veo, pues, cómo se pueda dejar de admitir como aplicable, también a nuestro derecho de huelga, la doctrina civilista del abuso de derecho, sobre todo cuando el texto magno preceptúa que «los abusos cometidos sujetan a los responsables a las penas de la ley».

La ley ordinaria (núm. 7783/1989) consagró ese parecer, incorporando a su texto la mencionada doctrina.

De esta forma, en nuestro país la huelga es un derecho que puede ser usado por los trabajadores como medio de presión, como instrumento coercitivo y hasta con *animus nocendi*, pero no puede ser practicado sin límites.