

LA HABANA – CUBA
XVI ENCUENTRO INTERNACIONAL DE ABOGADOS LABORALISTAS
Y DEL MOVIMIENTO SINDICAL
PALACIO DE LAS CONVENCIONES.
8 AL 10 DE MAYO DE 2024

LA CRIMINALIZACION DE LA PROTESTA SOCIAL Y LA HUELGA

Por Roberto C. Pompa

A lo largo de la historia, las manifestaciones y protestas sociales se han consagrado como instrumentos esenciales para la reivindicación, la protección y la promoción del más amplio abanico de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Constituyen instrumentos de transformaciones sociales y políticas. Un dato de la historia argentina. Se celebra cada año el día 25 de mayo como la principal fecha patria, cuando en 1810 los vecinos se reunieron en la actual plaza de mayo, frente al Cabildo, en lo que se conoció como la “revolución de mayo”, bajo el lema “el Pueblo quiere saber de qué se trata”, pidiendo la expulsión del virrey español y la instauración de un gobierno nacional.

Como se ve, a lo largo de la historia, las protestas y manifestaciones han sido motores de cambio y factores importantes que contribuyeron a la promoción de los derechos humanos. En cabeza de las personas que trabajan, su formulación en general se ejerce a través de otro derecho constitucional como lo es el de la huelga, por la que las y los trabajadores reclaman por reivindicaciones y mejoras en sus condiciones de trabajo y de vida.

Las manifestaciones, protestas, medidas de acción directa y las demás formas de acción colectiva que tienen lugar en América Latina poseen como común denominador las agendas reivindicativas sociales. En términos generales, la ciudadanía está demandando más a las democracias, exigiendo mejores niveles de participación.

El reconocimiento del derecho a la manifestación se erige en un mecanismo a través del cual las personas pueden disfrutar y ejercer una serie de otros derechos reconocidos universalmente y que incluyen, a modo de ejemplo, la libertad de expresión y opinión, la libertad de asociación, la libertad de reunión pacífica, el derecho a la no discriminación, a la participación en la dirección de los asuntos públicos, etc.; derechos que deben ser respetados, protegidos, promovidos y garantizados por los Estados.

La normativa internacional de los derechos humanos reconoce el derecho a la manifestación y a la protesta social a través de la protección armónica y conjunta del derecho a la libertad de expresión y opinión, la libertad de reunión, la libertad de asociación y el derecho a decidir y llevar a cabo medidas de acción directa.

Sin perjuicio de lo anterior, el ejercicio pleno y libre del derecho a la protesta y la manifestación será posible únicamente bajo un entorno propicio y seguro para la población, incluida la sociedad civil y las y los defensores de los derechos humanos. Este “entorno propicio” implica la ausencia de prácticas que incidan negativamente en el ejercicio de estos derechos y que atenten contra la obligación del Estado de no restringir de manera arbitraria e ilegal las manifestaciones.

En este sentido, el Consejo de Derechos Humanos ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad en el contexto de manifestaciones pacíficas, “de promover y proteger los derechos humanos e impedir que se vulneren esos derechos” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Directrices para la observación de manifestaciones y protestas sociales).

Estas Directrices se han formulado con base en dos objetivos, uno general y otro particular. El primero de ellos, apunta a la idea de consolidar aún más el reconocimiento universal del derecho a manifestarse y el consecutivo derecho de las personas, grupos e instituciones para observar y fiscalizar estas acciones colectivas. El segundo objetivo dice tener relación con que estas Directrices puedan servir de guía a las y los observadores de derechos humanos en su labor.

La Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (conocida como Declaración sobre los defensores y las defensoras de derechos humanos) reconoce en su artículo 5(a) que “a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional: [...] a reunirse o manifestarse pacíficamente” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Folleto informativo 29).

Sin embargo, tales derechos como libertades se encuentran constantemente amenazadas.

A modo de ejemplo, se pueden mencionar algunas formas de limitación utilizadas por los Estados en el marco del ejercicio del derecho a la protesta y manifestación: restricciones indebidas al uso de espacios públicos, negación de permisos de reunión por parte de autoridades, sistemas de notificación de reuniones en excesivo burocráticos, persecución de líderes sociales y defensores y defensoras de derechos humanos, represión por parte de las fuerzas policiales mediante el uso excesivo de la fuerza, uso indiscriminado de medios disuasivos, detenciones arbitrarias masivas, aplicación de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, desapariciones

forzadas, ejecuciones extrajudiciales, etc, cuando no el sistemático asesinato de dirigentes y activistas sociales y defensores de derechos humanos.

En igual orden de ideas, el uso indebido del derecho penal en contra de quienes participan de acciones colectivas contribuye a la criminalización de la protesta social. Este fenómeno consiste en una respuesta estatal cuyo objetivo es controlar, castigar o impedir el libre ejercicio del derecho a protestar y manifestarse, deslegitimando y desarticulando los movimientos ciudadanos, para encubrir su real connotación reivindicativa.

En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical tiene dicho que “Una legislación que permite discrecionalmente a las autoridades competentes declarar ilegal a toda organización que lleve a cabo una actividad sindical normal y lícita, tal como realizar una campaña en favor de un salario mínimo, si tal actividad ha figurado en cualquier momento en el programa de un sindicato u otra organización que haya sido declarada ilícita, es incompatible con el principio generalmente admitido de que las autoridades públicas deben evitar toda interferencia que pueda limitar el derecho de las organizaciones de trabajadores a organizar sus actividades y formular su programa, o entorpecer el ejercicio legal de este derecho” (Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, 739, 2006).

Igualmente, dicho Comité reconoció la importancia del derecho a la huelga como un “corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el convenio 87 de la OIT” (Ídem, párr. 754), en respuesta también al sector de empresarios que pretenden forzar la interpretación en el sentido que el derecho de huelga no se encontraría alcanzado por los convenios 87 y 98 de la OIT.

En relación con los trabajadores y las trabajadoras que brinden servicios esenciales, la CorteIDH señala que debe estarse “al sentido estricto del término, esto es, aquellos que proveen servicios cuya interrupción conlleva una amenaza evidente e inminente a la vida, la seguridad, la salud o la libertad de toda o parte de la población (por ejemplo, aquellos que laboran en el servicio hospitalario, los servicios de electricidad, o los servicios de abastecimiento de agua (Cfr. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, párr. 836 y 840). Agrega que “resaltar que el servicio mínimo debe limitarse a las operaciones que sean necesarias para satisfacer las necesidades básicas de la población o las exigencias mínimas del servicio, garantizando que el alcance de los servicios mínimos no tenga como resultado que la huelga sea inoperante” (CorteIDH, OC 27/21, p. 104).

Es oportuno señalar que, un proyecto de ley que cuando estaba escribiendo este artículo se había presentado para su tratamiento legislativo (el del Diputado Nacional De Loredó), pretendió extender los supuestos que habilitan la restricción a la huelga en los servicios esenciales. Se agregaban nuevas figuras, la de los servicios esenciales estratégicos y la de servicios de importancia trascendental. Este proyecto que finalmente no fue aprobado por mayoría de los miembros de la comisión, incluía prácticamente a la totalidad de las actividades productivas y de servicios y, en ellos se exigía una asistencia mínima entre el 50

y el 75% de los trabajadores, lo que en la práctica traducía una indebida restricción del derecho de huelga.

Acabo de señalar que finalmente no fue aprobado en Comisión. Pero me permito señalar al respecto, que la CorteIDH, al resolver el caso de los Ex Trabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala (sentencia del 17/11/2021), resolvió que “una tasa de participación tan alta en el movimiento (2/3) vuelve en la práctica imposible un movimiento de huelga legal, por lo que su imposición implicó una restricción arbitraria al derecho de huelga, de la libertad de asociación y de la libertad sindical”, doctrina que es claramente aplicable a la figura legal que se pretendió aprobar.

De la misma manera, la CorteIDH consideró que “El derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales”. “Las huelgas pueden tener finalidades o reivindicaciones que pueden sintetizarse en tres categorías: i) las de naturaleza laboral, que buscan mejorar las condiciones de trabajo o de vida de los trabajadores y las trabajadoras; ii) las de naturaleza sindical, que persiguen las reivindicaciones colectivas de las organizaciones sindicales; y III) las que impugnan políticas públicas”.

Agregó que, “la ley debe proteger el ejercicio del derecho de huelga de todos los trabajadores y las trabajadoras por lo que las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para que una huelga se considere un acto lícito, no deben ser complicados al punto de producir que en la práctica resulte imposible una huelga legal”.

Del mismo modo, “La facultad de declarar una huelga como ilegal no debe recaer en un órgano administrativo, sino que corresponde al Poder Judicial, en aplicación de causales taxativas establecidas previamente en la ley, y conforme a los derechos a las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención Americana”.

En la República Argentina, la CSJN resolvió que, “cabe excluir de las sanciones penales a la participación en huelgas en tanto las mismas sean pacíficas” (CSJN, 13/05/64, “Ribas, Riego y otros s/Usurpación y desobediencia” (Fallos: 258:267).

Sin embargo, siguiendo en la República Argentina, la nueva Constitución de la Provincia de Jujuy consagra “el derecho a la paz social y la convivencia democrática pacífica” (art. 67).

En ese sentido, dispone que:

1. Todas las personas tienen derecho a vivir en una sociedad basada en la paz social, la tolerancia mutua y la convivencia democrática pacífica, libre de violencia e intimidación.
2. El Estado fomentará la prevención de conflictos, promoviendo el diálogo y la solución pacífica de las controversias de las personas entre sí, y entre estas y las autoridades municipales y provinciales.

3. El Estado debe asegurar, como base fundamental de la convivencia democrática pacífica, que las personas ejerzan sus derechos sin avasallar los derechos de las otras.

4. La ley establecerá los mecanismos para proteger el derecho a la paz social y a la convivencia democrática pacífica. Esta ley deberá contemplar como mínimo los siguientes aspectos:

1) el ejercicio regular de los derechos no podrá hacerse de manera violenta, o que impida u obstaculice el de otros derechos;

2) la prohibición de cortes de calles y cortes de rutas, así como toda otra perturbación al derecho a la libre circulación de las personas y la ocupación indebida de edificios públicos en la Provincia.

Nadie discute la convivencia pacífica como un modo de progreso de las sociedades en democracia. Pero tampoco se puede negar los conflictos y tensiones naturales que se dan en el seno de sectores más vulnerables de la sociedad, máxime en una región como la de América Latina, considerada como la más desigual del planeta (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución nro. 1 sobre la pandemia).

Por ello, la inclusión de la prohibición de realizar cortes de calles y de rutas, como toda otra perturbación al derecho a la libre circulación de las personas, incluidas a su vez en un protocolo llamado anti piquete, configuran maneras solapadas no solo para prohibir o impedir el ejercicio de los derechos de manifestarse o de huelga, sino para penalizar las formas que pueden adquirir las protestas sociales.

Se suele invocar para tipificar penalmente estas acciones la figura del artículo 194 del Código Penal argentino, que dispone “El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años”.

De su lectura, parece claro que los llamados cortes de ruta, solo podrían ser tipificados como un delito penal cuando se configure la existencia de un peligro común y cierto, por lo que en la medida que no se de este presupuesto, la movilización derivada de un conflicto social no podría constituir prima facie un delito penal.

Está claro que de por sí, una manifestación o el ejercicio de una huelga, no pueden constituir ningún peligro común, sino el ejercicio regular de derechos de raigambre constitucional.

En ese sentido, podría llegarse al absurdo que el corte que ocurrió de la Av. 9 de Julio en la CABA, en ocasión de los festejos por la obtención de la copa del mundo de futbol por la Argentina, podría constituir el tipo penal para detener y encarcelar a millones de personas que salieron a festejar, cortando las calles. Lo mismo podríamos decir en una peregrinación a un santuario de una virgen, por poner algunos ejemplos.

Tampoco podría sostenerse que se impide la circulación, cuando existen otras rutas o caminos para desplazarse. Es cierto, se producen perjuicios. ¿Pero acaso, el fin inmediato de la huelga no es generar un perjuicio para obligar al otro a sentarse a negociar y, el de la manifestación poder ser escuchados, principalmente los que no tienen voz?

Pero, además, desde el momento que directamente se prohíbe el acto reprimido, se privilegia el otro derecho con el que se lo confronta, el de circular, por ejemplo, con lo que a diferencia de lo que se proclama, un derecho (individual) se termina imponiendo sobre el otro (de carácter colectivo).

A esta altura no puede perderse la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando sostiene que cada vez que se enfrente un derecho derivado de la propiedad con otro considerado social, debe ser este último el que prevalezca, porque está en juego la justicia social y la dignidad de las personas (CorteIDH, OC 18/2003, Condición jurídica y derecho de los migrantes). Lo mismo resolvió la CSJN de Argentina (caso "Bercaitz, Miguel Angel", 13-09-1974, Fallos: 289: 430, p. 436).

Ahora, en la República Argentina, mediante el simple dictado de una resolución 943/2023 del Ministerio de Seguridad, es decir de jerarquía mucho menor a una ley o un decreto, podemos apreciar cómo se vulneran derechos consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales vigentes en ese país.

En efecto, se habilitan a las fuerzas policiales y de seguridad federal a intervenir frente a impedimentos al tránsito de personas o medios de transporte, cortes parciales o totales de rutas nacionales y otras vías de circulación sujetas a la jurisdicción federal. Como se ve, no solo se impide el corte total de las rutas nacionales y de otras vías de circulación, sino a intervenir en cortes parciales, de manera que sería imposible realizar una manifestación o protesta o concentración en la vía pública, sin que medie orden judicial por considerárselo un delito flagrante reprimido por el ya comentado referido artículo 194 del Código Penal.

La mentada resolución abarca cualquier concentración de personas o colocación de vallas u otros obstáculos que disminuyeren, para la circulación de vehículos, el ancho de las calles, rutas o avenidas, o que estorbaren el tránsito ferroviario, aun cuando no crearen una situación de peligro, o que impidieren el ingreso de personas a lugares públicos o empresas, de manera que, como claramente se ve, la resolución modifica el código penal vigente, lo que viola el orden de prelación de normas contenido por la propia constitución nacional de ese país.

Frente a la interpretación de la doctrina que ya comentamos, la resolución se adelanta y sale a decir que "No se tomará en cuenta, a tales efectos, el hecho de que los perjudicados tuvieran otras vías alternativas de circulación", lo cual resulta claro que no se afectaba la circulación y que, por lo tanto, no se configura el tipo legal que autoriza la represión.

La resolución incluye como reprimibles a los autores, cómplices e instigadores, lo que permite sostener que podrá ser punible quien adhiera o convoque a un paro o manifestación o simplemente participe de la misma.

Por eso, nos parece muy importante la OC 27/21 de la Corte Interamericana, en cuanto dispone que:

“...el Estado debe abstenerse de aplicar sanciones a los trabajadores y a las trabajadoras, cuando participen en una huelga legal, en tanto se trata de una actividad sindical lícita que constituye además el ejercicio de un derecho humano, y garantizar que estas sanciones tampoco sean aplicadas por las empresas privadas” (párr. 101)

“...el Estado debe garantizar que los trabajadores y las trabajadoras puedan ejercer su derecho a huelga sin ser objeto de penalización por parte del empleador particular, o del propio Estado” (párr. 111)

Y principalmente, “...los Estados deben suprimir aquellas normas penales que puedan ser utilizadas para perseguir el ejercicio del derecho de huelga” (párr. 111).

A partir de la incorporación de los Estados al llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las decisiones provenientes de la Corte Interamericana deberían ser acatadas por los Estados, de manera que una disposición como la que analizamos no podría pasar el test de constitucionalidad y de convencionalidad que les correspondería hacer a los jueces, aun de oficio.

Por último, debo señalar que un proyecto de ley de reforma laboral en mi país, que no adquirió mayoría parlamentaria, el del ya citado diputado De Loredó, preveía como justa causa legal de despido cuando durante una medida de acción directa:

- a.- Se afecte la libertad de trabajo de quienes no adhieran a la medida de fuerza, mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas;
- b.- Se impida u obstruya total o parcialmente el ingreso o egreso de personas y/o cosas al establecimiento;
- c.- Se ocasionen daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (instalaciones, mercaderías, insumos y materias primas, herramientas, etc.) o se las retenga indebidamente.

Descartemos los hechos de violencia, que nunca fueron aceptados. Pero una redacción que tipifique como justa causa para el despido “afectar la libertad de trabajo de quienes no adhieran a la medida de fuerza”, sería como decir que no podrían parar los trabajadores del transporte público porque afectarían la posibilidad de ir a trabajar de los que quieren hacerlo. ¿A qué se refiere la norma con el uso de los vocablos “actos o hechos”? ¿Sería punible por si acaso el solo acto o hecho de convocar a una huelga? ¿Qué debemos entender por “obstruir” que según el diccionario significa estorbar el paso y no impedirlo? ¿Acaso las dificultades de ingreso a la fábrica un día de huelga sería motivo válido para el

despido porque por ejemplo a 100 metros del ingreso los activistas cortan parcialmente la calle? ¿Qué significa que se ocasionen daños en personas? ¿Acaso si un trabajador que no pudo ir a trabajar porque paró el tren y por lo tanto tuvo que afrontar más gastos en pasajes, sería un daño a las personas que habilitaría el despido del que hizo huelga? ¿Acaso el fin inmediato de la huelga no es provocar un daño, y que la jurisprudencia dijo que las reivindicaciones que se persiguen no deben guardar necesaria proporcionalidad con los daños que se causen?

Qué paradoja. Reclamar, movilizarse, hacer huelga son reprimidos, al tiempo que a los evasores del cumplimiento de las leyes laborales se los trata como héroes. Qué manera más clara de expresar el desprecio hacia los más vulnerables.

La ComIDH ha destacado que, “con independencia del formato adoptado por quienes ejercen el derecho a la protesta, la actuación policial debe tener como objetivo principal la facilitación y no la contención o la confrontación con los manifestantes, razón por la cual los operativos policiales deben orientarse a la garantía del ejercicio de este derecho” (CIDH, Informe Anual 2015, capítulo IV A, párr. 68. 265). En este mismo sentido, ha reiterado que la obligación del Estado es “asegurar la gestión de las demandas y los conflictos sociales y políticos de fondo para canalizar los reclamos” (CIDH, Informe Anual 2015, capítulo IV A, párr. 68; Amnistía Internacional, Use of force: Guidelines for implementation of the UN Basic Principles on the use of force and firearms by law enforcement officials (Uso de la fuerza: Directrices para la implementación de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley), agosto de 2015, pág. 150).

Estas instancias de articulación y respuesta a las demandas son fundamentales cuando se trata de grupos marginados, vulnerables y con acceso limitado a los canales de representación político previstos (Carta de la Organización de los Estados Americanos. Artículo 45, f) y g). Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Yatama Vs. Nicaragua Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto concurrente García Ramírez 25, 27y Voto concurrente Diego García Sayán 31). Estos canales políticos, además, deben facilitar la recepción de denuncias relacionadas con los incumplimientos e irregularidades de las fuerzas policiales y de seguridad a las normas legales y reglamentarias.

La aplicación del derecho penal frente a conductas de los participantes en una manifestación constituye una restricción grave y con serias consecuencias para la libertad de expresión, y los derechos de reunión, asociación y participación política, que conforme los principios desarrollados anteriormente solo pueden utilizarse de modo muy excepcional y está sujeto a un mayor nivel de escrutinio. 186. En su segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas la Comisión remarcó que “en los últimos años se ha presentado una creciente iniciación de acciones penales en contra de quienes participan en protestas sociales” (CIDH, Segundo Informe

sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66 31 diciembre 2011, párr. 107). Otro reciente informe sobre la Criminalización de defensores y defensoras de derechos humanos, la CIDH señaló que las protestas sociales es uno de los contextos más habituales donde se presenta este grave problema.

Así ya en su informe del año 2005 la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, sostuvo que: "...resulta en principio inadmisibles la penalización per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha limitación (la penalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática. Además, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos (CIDH, Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. 2005. Capítulo V, "Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión", párr. 96. En el mismo sentido, ver CIDH, Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2002, Cap. IV, párr. 35).

La criminalización de la protesta social consiste en el uso del poder punitivo del Estado para disuadir, castigar o impedir el ejercicio del derecho a la protesta (Cf. CIDH, Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 12) y, en algunos casos, de la participación social y política en forma más amplia, mediante el uso arbitrario, desproporcional o reiterado de la justicia penal o contravencional en contra de manifestantes, activistas, referentes sociales o políticos por su participación en una protesta social, o el señalamiento de haberla organizado, o por el hecho de formar parte del colectivo o entidad organizadora o convocante. Sus efectos habituales son la sujeción a procesos, de faltas o penales, arbitrarios y prolongados, la aplicación de multas y/o a detenciones arbitrarias con o sin condena. Conforme ha destacado la Comisión Interamericana.

La Comisión ha observado en reiteradas ocasiones que la persecución judicial de defensoras y defensores de derechos humanos es una tendencia común en América Latina. Este uso indebido del derecho penal ocurre con mayor frecuencia en contextos donde existen tensiones o conflictos de interés, entre otros, en los contextos de protesta social, durante o con posterioridad al desarrollo de una manifestación, bloqueo, plantón o movilización, por el simple hecho de haber participado en estos actos (CIDH, Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 4).

Pero, además, el proyecto que sí se aprobó, si bien incorpora la figura del despido discriminatorio, cuyos resarcimientos aparecen tarifados, enumera

taxativamente los supuestos legales, incorporando la opinión gremial, pero no la acción gremial, por lo que los activistas sindicales, que no gozan de tutela legal, podrían ser despedidos por la actividad desplegada sin que la norma lo considere un supuesto de discriminación. Agrego que la norma en ningún caso autoriza la reinstalación de discriminado, por lo que, en definitiva, la discriminación habrá triunfado y solo se resuelve con una reparación tarifada. Es la monetización de la discriminación.

En definitiva, los Pueblos no avanzan ni se desarrollan sin el pleno reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, como lo son, entre otros, el de expresarse, el de peticionar y el de huelga.

El Dr. Raúl Zaffaroni señala con acierto que “el derecho penal no sirve para reprimir los conflictos sociales”.

En ese sentido señala, que “los ciudadanos tampoco pretenden optar por caminos no institucionales para obtener los derechos que reclaman, sino que precisamente eligen éstos sólo para habilitar el funcionamiento institucional, es decir, que, en definitiva, cuando los encaran, reclaman que las instituciones operen conforme a sus fines manifiestos” (cfe. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, ¿en “Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina”, Eduardo Bertoní Compilador, Universidad de Palermo -Facultad de Derecho- y CELE, editores).

Queda claro que la libertad de opinión constituye una expresión de la dignidad de las personas, que incluye el derecho a reunirse y peticionar, como el de huelga en cabeza de los trabajadores y de sus organizaciones gremiales, por lo que la protesta o la huelga, en la medida que se desenvuelva dentro de sus cauces, no es más que el ejercicio regular de esos derechos que se encuentran consagrados en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales sobre los derechos humanos, de manera que no pueden erigirse en conductas tipificadas por el código penal, por ausencia precisamente de la tipicidad de la conducta que no puede ser tensada como un elástico, por más que las acciones puedan generar algún tipo de molestias, como podría ser la restricción parcial de la calzada o de la circulación de los vehículos.

En el conocido Caso “Lagos del Campo vs Perú” (CorteIDH, Sentencia del 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), la CorteIDH ha indicado que “La jurisprudencia del Tribunal ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención. La Corte ha indicado que dicha norma protege el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Asimismo, ha señalado que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo. Este Tribunal ha afirmado que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al

derecho a la libertad de expresión, en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Es por ello que, a la luz de ambas dimensiones, la libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas OC-5/85, supra, párr. 30, y Caso López Lone Vs. Honduras, supra, párr. 166).

“La Convención Americana garantiza el derecho a la libertad de expresión a toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe restringirla a una determinada profesión o grupo de personas. En este sentido, la Corte ha sostenido que la libertad de expresión es indispensable para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática. “Es también *conditio sine qua non* para que [...] los sindicatos [...] y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente” (La Colegiación obligatoria de periodistas OC-5/85, supra, párr. 70, y Cfr. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 22. Por su parte, los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana resaltan que “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia [...] el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”; Cfr. Caso López Lone y otros Vs. Honduras, supra, párr. 164).

“En este sentido, la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser (El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha reconocido en su jurisprudencia que el derecho a la libertad de expresión protege el derecho de los miembros de un sindicato a expresar sus demandas, a efectos de mejorar sus condiciones laborales. De acuerdo con el Tribunal Europeo la libertad de expresión de las organizaciones sindicales y sus dirigentes constituye un medio de acción esencial, sin el cual perderían su eficacia y razón de ser” (TEDH, Caso Vereinigung Demokratischer Soldaten österreichs and Gubi Vs. Austria, No. 15153/89. Sentencia de 19 de diciembre 1994 y TEDH, Caso Palomo Sánchez y otros Vs. España, [GS] No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06. Sentencia de 12 de septiembre de 2011, párr. 56) ... en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluso frente a ataques provenientes de particulares” (Cfr. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.107; Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 118; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 172. En el mismo sentido,

TEDH, Caso Palomo Sánchez y Otros Vs. España [GS], supra, párr. 59; Caso Fuentes Bobo Vs. España, No. 39293/98. Sentencia de 29 de febrero de 2000, párr.38; Caso Özgür Gündem Vs. Turquía, No. 23144/1993. Sentencia 16 de marzo de 2000, párr. 43 -50, y Caso Dink y otros Vs. Turquía, No. 2668/2007, 6102/2008, 30079/2008, 7072/2009 y 7124/2009. Sentencia de 14 de septiembre de 2010, párr. 106).

La Corte reafirma que “el ámbito de protección del derecho a la libertad de pensamiento y expresión resulta particularmente aplicable en contextos laborales como el del presente caso, respecto del cual el Estado debe no sólo respetar dicho derecho sino también garantizarlo, a fin de que los trabajadores o sus representantes puedan también ejercerlo. Es por ello que, en caso en que exista un interés general o público, se requiere de un nivel reforzado de protección de la libertad de expresión, y especialmente respecto de quienes ejercen un cargo de representación” (Cfr. TEDH, Caso Csánics Vs. Hungría, No. 12188/06. Sentencia 20 de enero de 2009, párr. 441).

Sin embargo, asistimos cada vez con más frecuencia, a trasladar los conflictos colectivos de naturaleza socio laboral, propio del conocimiento de los jueces del trabajo, al campo de los tribunales penales, con el claro propósito de amedrentar a los movimientos sociales y de los trabajadores en general, afectando el principio del juez natural de la causa y del debido proceso, lo que significa un grave retroceso a épocas en que la huelga era considerada un delito y los trabajadores ahorcados, como sucediera a raíz de los hechos ocurridos un 1 de mayo de 1886 en la Ciudad de Chicago.

Por su parte, la prohibición de ocupar un establecimiento, como sería el caso de una asamblea del personal, pretende dotar a una de las partes de la relación laboral, de un poder soberano de despojo frente a los trabajadores (Aparicio, Joaquín y Baylos, Antonio, en “Autoridad y democracia en la empresa”. Trotta, Madrid, 1992, p. 179), encerrando a las empresas en una suerte de isla donde no tengan cabida el ingreso y el respeto de los derechos humanos y las libertades de los trabajadores, olvidando que estos antes son personas que exigen de los Estados y de los particulares, el respeto de su dignidad en el sentido más amplio, (Valdés Dal-Re, F, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”. Relaciones Laborales, Tomo II, 2003, 76), para que puedan gozar de todos los derechos, libertades y garantías que le confiere la condición de ciudadanía en el interior de la empresa, y puedan hacer uso de las reglas de la democracia, como agruparse, reunirse, peticionar, elegir a los representantes y ser elegido, llevar a cabo medidas de acción directa, entre otras (Ferrajoli, L., “Derechos y garantías: La ley del más débil”. Trotta, Madrid, 1999, pp. 97 y ss).

Precisamente, el vínculo entre democracia, derechos humanos y ejercicios de los derechos de la ciudadanía quedó plasmado en la Carta Democrática Interamericana aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigésimo Octavo Periodo de Sesiones, en sus artículos 3 y 4.

Según la referida Carta, son “elementos esenciales de la democracia representativa”, entre otros: “el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; [...], la separación e independencia de los poderes públicos” y, en definitiva, “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad” y “es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”, por lo cual “la eliminación de toda forma de discriminación [...] y de las diversas formas de intolerancia [...] contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana” (cfe. arts. 3, 6 y 9 de la Carta).

Está claro que reformas como las que comentamos esconden un meta mensaje dirigido a amedrentar a las organizaciones sindicales disidentes y a los activistas defensores de derechos humanos –laborales y sociales-, instaurando una suerte de represión simbólica, mediante mensajes desactivadores de cualquier intento de resistencia, tendiente a disciplinar a los trabajadores y actores sociales, cooptando los cuadros gremiales, emitiendo un mensaje claro, cuasi cuartelero: “orden y obediencia”.

Pero lo cierto es que, como lo señalaba el maestro Rodolfo Capón Filas, “como la historia avanza en espiral, con logros y retrocesos, pero siempre hacia adelante y hacia arriba, es posible buscar la solución en un proyecto de sociedad inclusiva, que diseñe democráticamente el mundo que se quiere. La democracia debe cumplirse tanto en el orden social como en el político, en el que la justicia como fuente de paz y fraternidad, se impone como un deber para todo hombre. No en vano la Declaración Universal de los Derechos Humanos se debió, fundamentalmente, a su prédica y a su presencia...” (cfe. Rodolfo Capón Filas, “La cultura en una sociedad plural”, en “Derecho del Trabajo y derechos humanos”, Luis Enrique Ramírez Coordinador, Editorial B de F, págs. 34 a 44).

Con esa orientación, la Organización de las Naciones Unidas tiene dicho que, “La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos”, lo que exige que deban “evitar que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan” (Organización de las Naciones Unidas, “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos”, Nueva York y Ginebra, 2011).

Se habla de la libertad. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos consideró evidente por sí mismo que todas las personas tenían ciertos derechos inalienables. Luego, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa afirmó que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos,

aprobada por la ONU el 10 de diciembre de 1948, proclamó en su Preámbulo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. El artículo 1º añade que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Lo mismo consagra, entre otros, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Pero el constitucionalismo social mostró que, para asegurar esa libertad, era necesario introducir factores de compensación en relaciones desiguales de poder y en los sectores más vulnerables de la población. Lo recogió la Corte Interamericana de Justicia cuando sostuvo que “La existencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los intereses” (CorteIDH, OC 4/84). Como dice el Dr. Juan C. Fernández Madrid, “la libertad se encuentra condicionada por el estado de necesidad” (Juan C. Fernández Madrid, Tratado de derecho del trabajo, Tomo 1, La Ley).

Los derechos humanos son inherentes a la dignidad ontológica de las personas y previos a la legislación de los Estados. Son cauces de libertad y mecanismos de exigencia ante los poderes para que las personas puedan llevar a término sus proyectos personales de vida más excelsos (cfe. José Justo Megías Quirós, “Algunas precisiones en torno a los derechos humanos”, en “Manual de Derechos Humanos”, Ed. Thomson – Aranzadi, Universidad de Navarra, España, p. 41), siendo lo importante su realización práctica de los derechos y no las especulaciones teóricas acerca de su fundamentación (cfe. Norberto Bobbio, “El tiempo de los derechos”, Madrid, Sistema, 1991, págs. 57 y 64/65).

Que, en efecto, los derechos humanos son “vigorosos pronunciamientos éticos sobre lo que se debe hacer. Exigen el reconocimiento de imperativos e indican que algo tiene que hacerse para la realización de esas libertades reconocidas que se han identificado a través de estos derechos. La afirmación ética versa sobre la importancia crítica de ciertas libertades y correlativamente sobre la necesidad de aceptar algunas obligaciones sociales para promover o proteger estas libertades. Su relevancia ha de ser la importancia de las libertades subyacentes que residen en tales derechos” (cfe. Amartya Sen, “La idea de la justicia”, Ed. Taurus, 2011, págs. 389/399).

De esta manera, “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista, la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con

las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas: interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, es deber del Juez el de cuestionar la validez constitucional; y, por lo tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad. En esta sujeción del juez a la Constitución y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de estos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en derechos, puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos" (cfe. Ferrajoli, op. cit., pág. 26).

Como lo hemos señalado en otra oportunidad, la dignidad de las personas no es un derecho que el gobernador de turno pueda poner o sacar. Es un bien inherente a las personas y los Estados tienen la obligación de asegurarla con la máxima eficacia y amplitud.

La democracia real, no solo la que consiste en elegir a los representantes de tanto en tanto, se mide por el mayor o menor compromiso de los Estados de respetar y asegurar la plena vigencia de los derechos humanos y el crecimiento de las condiciones de vida de la población.

Los llamados "mercados" no pueden dominar a las personas, sino que deben estar al servicio de las personas, porque como una vez dijo Luis Moro, hoy merecidamente homenajado, cuando uno camina las calles de nuestra América latina, no ve al mercado durmiendo en las calles, sino que ve a las personas con sus necesidades.

Muchas gracias.-