

# Subordinación, disciplina y libertad de asociación sindical en las fuerzas armadas y de seguridad\*

Por Héctor Omar García

## I. Introducción

No estaba todo dicho en materia de libertad sindical. Cuando parecía que ya no quedaban cuestiones trascendentes para reanimar el debate, luego de la serie de sentencias de la Corte Suprema iniciada en noviembre de 2008 con el *leading case* “ATE c. Ministerio de Trabajo”<sup>1</sup>, ni más tareas pendientes para el legislador que las acusadas por la corriente jurisprudencial que prosiguió al mencionado fallo, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT) sacude el tablero institucional de las relaciones colectivas con la sentencia emitida en la causa “Ministerio de Trabajo c. Unión de Policías Penitenciarios Argentina Córdoba 7 de Agosto – UPPAC – s/Ley de Asociaciones Sindicales”<sup>2</sup>.

El interés y la repercusión generados por la mencionada sentencia se encontrarían de sobra justificados por el solo hecho de que la misma constituye el primer pronunciamiento de la Justicia Nacional del Trabajo que ordena otorgar la inscripción gremial a un sindicato integrado por miembros de fuerzas de seguridad (Policía, Gendarmería y Servicio Penitenciario); temática ésta saturada hasta el momento de rechazos administrativos y judiciales<sup>3</sup>, y que no había despertado mayor interés en la doctrina<sup>4</sup> con anterioridad a los

---

\* Trabajo originalmente publicado en *La Ley*, Año LXXVIII, N° 43, tomo 2014-B, diario miércoles 5/03/2014, pp. 1/7, y en *DT*, Año LXXIV, N° 3, marzo 2014, pp. 545/562.

<sup>1</sup> CSJN, 11/11/2008, “Asociación de Trabajadores del Estado – ATE – c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales” (Fallos: 331:2499).

<sup>2</sup> CNAT, Sala II, 18/12/2013, “Ministerio de Trabajo c. Unión de Policías, Penitenciarios Argentina Córdoba 7 de agosto s/Ley de Asociaciones Sindicales” (sent. 102.643; expte. 63.413/13).

<sup>3</sup> Con las salvedades que configuran los votos minoritarios de los Dres. Rodolfo Capón Filas, como miembro de la Sala VI de la CNAT en la causa “Ministerio de Trabajo c. Sindicato Único del Personal de Seguridad s/Ley de Asociaciones Sindicales”, de fecha 15/02/2006 (expte. 11.053/05, sent. 58.565/06); y Oscar Zas, como integrante de la Sala V de la misma Cámara en autos “Sindicato Policial de Buenos Aires – SIPOBA – c. Ministerio de Trabajo”, 22/10/2010 (expte. 8.017/98, sent. 72.667). Debe también ser tenida en cuenta la sentencia dictada por el Juzgado de 1ra Instancia y 31ª Nominación en lo Civil y Comercial de Córdoba en autos “Rearte, Adriana Sandra y otro c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Amparo” (expte. 1321645/36), que declaró inconstitucional el art. 19, inc. 10, de la ley provincial n° 8231, que prohíbe al personal del Servicio Penitenciario Provincial “agremiarse, o efectuar proselitismo sindical o político en el ámbito de la institución”. Dicha sentencia fue luego revocada en sucesivas instancias de la mencionada provincia y actualmente se encuentra a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>4</sup> A excepción —hasta donde conoce el autor de este ensayo— de los trabajos de: CAPÓN FILAS, Rodolfo, “Fuerzas Armadas, Fuerzas de Seguridad, Libertad Sindical y Trabajo Decente”, en *Revista del Equipo Federal del Trabajo*, Año IX (2013), n° 100, <http://www.newsmatic.com.ar/conectar/245/100/articulo/3127/Fuerzas-Armadas-Fuerzas-de-Seguridad-Libertad-Sindical-y-Trabajo-Decente.html>; y MADDALONI, Osvaldo, “La

“autoacuartelamientos” protagonizados por efectivos policiales de varias provincias durante los primeros días del pasado diciembre, que abrieron cauce a inconcebibles escenas de anarquía hobbesiana de las que derivaron trágicas consecuencias para la sociedad civil y una severa lesión a la institucionalidad de la república<sup>5</sup>.

Pero desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y la política social, el fallo contiene un motivo adicional de interés, cifrado en un dato acaso inquietante y polémico, consistente en que el ámbito de representación de la asociación sindical beneficiada con la orden de otorgamiento de inscripción gremial incluye al personal uniformado de las Fuerzas Armadas y la Gendarmería<sup>6</sup>.

Los rechazos recurrentes a las solicitudes de registro de organizaciones sindicales constituidas por agentes de seguridad han pretendido encontrar fundamento, principalmente, en la salvedad contenida por el art. 9 del Convenio n° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), bajo cuya invocación se subraya la falta de ley que autorice expresamente a los mencionados servidores públicos el ejercicio del tal derecho. Suelen esgrimirse igualmente otras razones —más bien “de mérito, oportunidad y conveniencia”— que ponen el acento en ciertos aspectos estructurales y funcionales de la actividad que desarrollan los mencionados agentes (v.gr., la portación de armas y el uso de uniforme por parte del personal en cuestión; el sometimiento a una férrea disciplina propia de una institución jerarquizada verticalmente; y el carácter esencial del servicio que prestan), en atención a los cuales el derecho de sindicalización resultaría incompatible con la verticalidad y la disciplina inherentes al particular *status* militar<sup>7</sup> y policial<sup>8</sup>.

---

sindicalización de las fuerzas de seguridad”, ponencia oficial presentada al “4° Congreso de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo – VI Congreso Internacional de la Asociación de Relaciones del Trabajo de la República Argentina (ARTRA) – X Congreso de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL)”, Maipú, Provincia de Mendoza, 25 al 27 de octubre de 2012.

<sup>5</sup> Véanse los trabajos de: SAPPÍA, Jorge, “¿Es admisible la sindicalización policial?”, en *RDL Actualidad*, Rubinzal-Culzoni Doctrina Online, <http://www.rubinzal.com.ar/doctrina-online/es-admisible-la-sindicalizacion-policial/781814/>; DUARTE, David, “Si son trabajadores tienen derecho a sindicalizarse”, *ibídem*, <http://www.rubinzal.com.ar/doctrina-online/si-son-trabajadores-tienen-derecho-a-sindicalizarse/781813/>; y DE LOS REYES, Federico, “Sindicación y huelga de las Fuerzas de Seguridad”, *ibídem*, <http://www.rubinzal.com.ar/doctrina-online/sindicacion-y-huelga-de-las-fuerzas-de-seguridad/781812/>.

<sup>6</sup> La ley de creación de la Gendarmería Nacional, n° 19.349 —aprobada en 1971 por el régimen de facto entonces gobernante y que aún se encuentra vigente—, concibió a dicha institución como “una **fuerza de seguridad militarizada**, dependiente del Comando en Jefe del Ejército...” (negrita agregada).

<sup>7</sup> El jurista y político italiano Vittorio Bachelet —profesor de “La Sapienza” y dirigente de la Democracia Cristiana en su país, hasta su asesinato a manos de las Brigadas Rojas en 1980— definió al *status* como la “cualidad jurídica propia de un sujeto, derivada de su pertenencia, voluntaria o necesaria, a un grupo, clase o comunidad, que es presupuesto para la aplicación de un conjunto de normas que constituye una situación jurídica homogénea y uniforme”. Cfr. BACHELET, V., *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Giuffrè, Milano, 162, p. 207, reproducido en los *Scritti giuridici* del mismo autor, vol. II, Milán, 1981, cit. por FERNANDO PABLO, Marcos M., “Ejército, Policía y libertad sindical”, trabajo concebido en el marco del Curso Monográfico de Doctorado sobre *Constitución y Derecho del Trabajo*, impartido

El desarrollo del presente trabajo implicará una revisión crítica de los referidos argumentos, con especial consideración a que el simple enunciado de los atributos del mando no resultan suficientemente justificativos de un tratamiento teórico tan dispar en disfavor del personal uniformado en lo que respecta al ejercicio del derecho fundamental de sindicalización, máxime si se atiende a que la jerarquía y la disciplina son también aspectos estructurales de la relación de trabajo en general<sup>9</sup>, como lo demuestran los arts. 5º, 22, 26, 65, 67 y concs. de la LCT, entre otras normas.

Desde esa perspectiva, el referido examen incluirá una aproximación al estudio de la especial subordinación que caracteriza a la institucionalidad de las Fuerzas Armadas y de seguridad, a partir de sus diferencias y eventuales semejanzas con la que se da en las relaciones de empleo público y privado, para luego confrontar la concepción tradicional respecto de la *jerarquía* y la *disciplina* inherentes a la subordinación castrense, con otra más moderna, imbuida de la teoría universal y constitucional de los derechos humanos, sobre cuya base se postulará la compatibilización del ejercicio de los derechos que componen el aspecto orgánico del principio de libertad sindical con los denominados *principios de ordenamiento militar* —a los que no es ajeno el régimen policial—, deslindándose aquellos derechos de los componentes dinámicos del principio fundamental en cuestión (negociación colectiva y huelga), cuyo ejercicio —anticipo— admite recortes aunque condicionados a la implementación de “garantías compensatorias”, de acuerdo con la ley vigente en nuestro país y la doctrina técnico-jurídica de la OIT.

## II. Militares y policías ¿son trabajadores?

El art. 9 del Convenio n° 87<sup>10</sup> reenvía a la discrecionalidad del Estado miembro de la OIT la determinación de la medida de la aplicación de las garantías

---

por M. Carlos Palomeque en la Univ. de Salamanca, 1983/1984, publicado en *Revista de Política Social (RPS)*, N° 144, octubre/dic. 1984, p. 112.

<sup>8</sup> El art. 26 de la citada ley n° 19.349 define al “*estado militar de gendarme*” como “*la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por la presente ley*” (negrita agregada). De manera muy semejante, el art. 3º de la ley 21.394 —dictada en pleno contexto de la última dictadura, el 27/03/1979—, que regula las relaciones de la Policía Federal Argentina con su personal, caracteriza al “*estado policial*” como “*la situación jurídica resultante del conjunto de deberes, obligaciones y derechos que las leyes, decretos y reglamentos establecen para el personal en actividad o retiro.*”

<sup>9</sup> Señala Durán López que Marx critica el “régimen disciplinario de fábrica” poniendo el acento en su arbitrariedad inicial y sus abusos, describiéndolo como un sistema de “disciplina militar”, en cuyo proceso de creación “el látigo del capataz de esclavos deja el puesto al reglamento penal del vigilante”. Cfr. Marx, K., *El Capital*, Libro I, sección 4, cap. XIII, punto 4, *La fábrica*, 2a ed. española, 4a reimpresión, FCE, México, 1971, pp. 351/352 y nota 103, citado por DURÁN LÓPEZ, Federico, “Las garantías de cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador”, en *RPS*, N° 123, julio/sept. 1979, p. 6.

<sup>10</sup> La Argentina comunicó su ratificación de este convenio en 1960, previa aprobación por el Congreso mediante ley n° 14.932, de noviembre de 1959.

establecidas en el resto de sus cláusulas, cuando los potenciales usufructuarios de éstas sean miembros de las fuerzas armadas y de la policía<sup>11</sup>.

Idéntica solución prevén el art. 1.3 del Convenio n° 151, de 1978, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública<sup>12</sup>, aprobado el 1º/07/83 mediante ley 23.328 y ratificado el 21/01/87; y el art. 5 del Convenio n° 98, sobre derecho de sindicalización y negociación colectiva<sup>13</sup>, aprobado mediante decreto-ley 11.594/56. Una fórmula menos exigente para con la intervención legislativa contiene el art. 1.2 del Convenio n° 154, sobre el fomento de la negociación colectiva, que sustituye el verbo “deberá” —utilizado por los preceptos internacionales recientemente enumerados— por “podrá”<sup>14</sup>. Sobre este aspecto, vinculado a los medios de acción de las organizaciones gremiales de efectivos policiales y militares se volverá más abajo (en el apartado VI).

Por su parte, los arts. 8.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) declaran, con expresiones similares, la inexistencia de impedimentos para “*someter a restricciones legales*” el ejercicio de los derechos de libertad sindical y sindicalización cuando se trate de “*los miembros de las fuerzas armadas y de la policía*”<sup>(15)</sup>. Así también, el art. 16.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) admite la imposición de restricciones al ejercicio del derecho de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y policiales, que pueden alcanzar hasta su radical privación<sup>16</sup>.

Si se relaciona a los párrafos normativos precedentemente citados con otra cláusula del Convenio n° 87 —el art. 2— en la que se afirma que “*los trabajadores... sin distinción*” poseen el derecho de constituir las asociaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las ya constituidas, surge la pregunta en

---

<sup>11</sup> Artículo 9, Convenio n° 87: “*La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio.*”

<sup>12</sup> “*Art. 1... 2. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías establecidas en el presente Convenio se aplican a los funcionarios de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. 3. La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta que punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.*”

<sup>13</sup> “*Artículo 5 – 1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía. 2. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía las garantías previstas en este Convenio.*”

<sup>14</sup> “*2. La legislación o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.*”

<sup>15</sup> El art. 8.2 in fine del PIDESC agrega a la enumeración a los miembros “*de la administración del Estado.*”

<sup>16</sup> Art. 16.3, CADH: “*Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.*”

torno a la hipotética condición de *trabajadores* de los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad. Con otras palabras, el problema consiste en dilucidar si en función de que el propio Convenio nº 87 “distingue” peyorativamente a los particulares servidores del Estado en cuestión, al relativizar la vigencia —plena o restringida— de sus garantías a través de la legislación de cada país, el citado convenio fundamental de la OIT está poniendo en tela de juicio la naturaleza o carácter de trabajadores de los miembros del Ejército, la Gendarmería y las fuerzas policiales a los fines del ejercicio del derecho de sindicalización.

Un ensayo de respuesta al interrogante del título deberá comenzar, a mi juicio, por admitir que los singulares servidores públicos de los que aquí se trata no encajan en la noción tradicional y primigenia de trabajador, que circunscribía su significado a la persona enmarcada en una situación jurídica *subjetiva* —por oposición a la de *status* legal u *objetiva*— nacida de un *contrato* de trabajo por el que aquélla se encontraba ligada a un empleador<sup>17</sup>. Nociones como la precedentemente sintetizada han recibido influencia de la Escuela de Burdeos, cuya teoría distinguía a *trabajadores* de *funcionarios públicos*, negándoles a éstos toda capacidad de organización asociativa y de acción orientada a la defensa de sus intereses profesionales<sup>18</sup>.

Tales construcciones dogmáticas prescinden de la evolución experimentada por el concepto de *trabajador*, que pasó a integrar a todos aquellos que ejercen una profesión y se agremian para la tutela de sus intereses, y luego —en un estadio más avanzado— a agrupar a cualesquiera *ciudadanos*, considerados no en abstracto sino en concreto, en tanto miembros de un grupo social que se asocian para preservar un interés *colectivo distinto* del interés general<sup>19y20</sup>.

---

<sup>17</sup> “El sindicato asocia a trabajadores por cuenta ajena, esto es, a personas ligadas real o potencialmente —puede ser sindicado un parado forzoso o un aprendiz— a empresarios por contratos de trabajo”. Cfr. ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 5ta edic. revisada, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1978, p. 380 (itálica en el original), citado por RAYÓN SUÁREZ, Enrique, “El ámbito de aplicación del Derecho sindical y la fundación del sindicato”, en *RPS*, Nº 129, julio-septiembre 1980, pp. 32/33.

<sup>18</sup> Leon Duguit, principal exponente de dicha escuela, consideraba: “un puro sofisma asimilar la situación del funcionario frente al Estado a la del empleado frente al patrón. El empleado está ligado a un empleador por un contrato de trabajo... el funcionario no está en una situación jurídica subjetiva nacida de un contrato; está en una situación objetiva o legal, y en consecuencia, si se niega individualmente a cumplir las cargas de su función, viola la ley del servicio. Comete una falta disciplinaria...”. Cfr. DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, E. de Boccard ed., Paris, 1930, t. 3, pp. 219/235, cit. por BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, segunda edición, revisada, Prólogo de María E. Casas, Tecnos, Madrid, 1988, p. 33, nota 8.

<sup>19</sup> RAYÓN SUÁREZ, op. cit., p. 34 (itálica del autor), con remisiones a: Paul DURAND, *Traité de Droit du Travail*, III Paris (Daloz), 1956, pp. 39 y ss.; E. PÉREZ BOTIJA, *Derecho del Trabajo*, 5ta ed., Tecnos, Madrid, pp. 374, y ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria del Regolamento Collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova (Cedam), 1936, XVI, pp. 75/76; y E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción del Derecho Español del Trabajo*, 4ta ed., Tecnos, Madrid, p. 190 y ss.

<sup>20</sup> Prescinde también de algún otro entendimiento del concepto, como el que toma como presupuesto la existencia de una división de la sociedad en clases antagónicas cuyas posiciones confrontan radicalmente los intereses de cada una. Desde este punto de vista, el término *trabajador* congloba al conjunto de quienes venden su fuerza de trabajo en procura de medios de subsistencia. Éstos no son parte de una relación jurídica laboral sino *asalariados*, es decir, sujetos

Desde una visión actual, la relación de trabajo representa una síntesis de los conceptos de estatuto y contrato, en la que los sujetos de la *relación* de trabajo se vinculan entre sí y con terceros a partir de una subjetividad que escapa al sinalagma estrictamente contractual o de intercambio y los ubica, en la praxis, en el marco de la comunidad y en el centro de la “cuestión social”<sup>21</sup>.

Nuestra legislación proporciona una noción amplia de trabajador, en la que predomina como elemento definidor la materialidad de la prestación en situación de dependencia y sumisión disciplinaria respecto de quien organiza y dirige la prestación, tanto en el régimen que regula el contrato de trabajo (v.gr., arts. 4º, 5º, 21, 22, 23, 25, 27, 28, 64, 65, 67, LCT) como en el estatuto marco para el sector público nacional (art. 3º de la ley 25.164)<sup>22</sup>.

El soldado, el gendarme y el agente de Policía o del Servicio Penitenciario, son al fin y al cabo funcionarios públicos, en tanto que las Fuerzas Armadas y de seguridad, “por la índole de sus funciones y el propio tipo de sus órganos, se insertan dentro de la Administración pública, encuadrada orgánicamente en el Gobierno”. Como precisa un autor español amigo de la Argentina, “la defensa

---

pertenecientes a una determinada clase social —la clase obrera, el proletariado— para cuya categorización carece de relieve tanto quién sea el empresario o proveedor de ocupación como la naturaleza del vínculo que lo una con éste. Vid. RAYÓN SUÁREZ, op. cit., p. 33.

<sup>21</sup> GARCÍA VIOR, Andrea, “Los sujetos de la relación de trabajo”, en GARCÍA, Héctor Omar (dir.) y VIRGILI, Claudio (coord.), *Relación de Trabajo*, EDIAR, Buenos Aires, 2013, t. I, pp. 28 y 27, con cita de SUPIOT, Alain, *Critica del Derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Colección Informes y Estudios, Serie General*, N° 11, Madrid, 1996 (comillas en el original).

<sup>22</sup> “Artículo 3º — *La presente normativa regula los deberes y derechos del personal que integra el Servicio Civil de la Nación. Este está constituido por las personas que habiendo sido designadas conforme lo previsto en la presente ley, prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados.*

*Quedan exceptuados de lo establecido en el párrafo anterior:*

a) *El Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros, el Secretario General de la Presidencia de la Nación, los Secretarios, Subsecretarios, el Jefe de la Casa Militar, las máximas autoridades de organismos descentralizados e instituciones de la Seguridad Social y los miembros integrantes de los cuerpos colegiados.*

b) *Las personas que por disposición legal o reglamentaria ejerzan funciones de jerarquía equivalente a la de los cargos mencionados en el inciso precedente.*

c) *El personal militar en actividad y el retirado que prestare servicios militares.*

d) *El personal perteneciente a las Fuerzas de Seguridad y Policiales, en actividad y retirado que prestare servicios por convocatoria.*

e) *El personal diplomático en actividad comprendido en la Ley del Servicio Exterior de la Nación.*

f) *El personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo aprobadas en el marco de la Ley 14.250 (t.o. decreto 198/88) o la que se dicte en su reemplazo.*

g) *El clero.*

*Al personal que preste servicios en organismos pertenecientes a la Administración Pública Nacional, y esté regido por los preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976), y modificatorias o la que se dicte en su reemplazo, se les aplicarán las previsiones contenidas en ese régimen normativo.*

*En los supuestos contemplados en el párrafo anterior y en el inciso f), las partes, de común acuerdo, podrán insertarse en el régimen de empleo público, a través de la firma de convenios colectivos de trabajo, tal como lo regula el inciso j) de la Ley 24.185 y de acuerdo con las disposiciones de dicha norma.”*

exterior y la tutela del orden interno son funciones normales de gobierno, no funciones excepcionales del Estado<sup>23</sup>.

En este punto cabe descartar el argumento que pretende trazar una línea divisoria a partir de la portación de armas y el uso de uniforme —al que se hizo referencia en el apartado introductorio del presente—; para lo cual basta con recordar que en las relaciones laborales del sector privado preexisten desde hace tiempo trabajadores para los cuales las armas y el uniforme son elementos constitutivos de su prestación profesional, como aquellos que cumplen tareas en las actividades de vigilancia privada y transporte de caudales, por remitir el ejemplo sólo a la Argentina, dado que en otros países son dependientes de empresas contratistas privadas quienes se desempeñan en los servicios penitenciarios e incluso en los de inteligencia del Estado —como es el caso de EE.UU. y los países miembros de la *Commonwealth*, entre otros—, para lo cual deben utilizar cotidianamente uniforme y armamento además de otros dispositivos técnicos de seguridad.

Ya en la dimensión estricta del derecho de sindicalización, el art. 1° del decreto 467/88 (reglamentario de la ley 23.551) define al trabajador tomando como eje la prestación de tareas (lícitas) bajo dirección ajena, cuya interpretación restrictiva cristalizada como uso y costumbre en la autoridad de aplicación —a la que he criticado en otra oportunidad<sup>24</sup>— no ha impedido la constitución de asociaciones sindicales de cuentapropistas o prestadores autónomos-dependientes (v.gr., médicos y otros profesionales de la salud, actores, taxistas, artistas de variedades, vendedores ambulantes y técnicos y profesionales de la industria cinematográfica, entre otros) ni el acceso de varias de ellas a la personería gremial.

En síntesis, no parece haber argumentos de gravitación suficiente como para excluir a la prestación de servicios en las Fuerzas Armadas y policiales de la referencia al trabajo “*en sus diversas formas*” plasmada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional (CN), ni para no considerar a estos funcionarios estatales, pese a su singularidad, como “trabajadores sindicalizables”, es decir, alcanzados por las garantías al derecho de “*organización sindical libre y democrática*,

---

<sup>23</sup> BAYLOS GRAU, op. cit., p. 50, con citas a MORZO, G., “Comando forze armate”, en *Enciclopedia del Diritto...*, vol. VII, p. 710; y HAURIOU, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, París, 1929 (de. C.N.R.S., Paris, 1965, reproducción fotomecánica), pp. 111/115. El mencionado autor visualiza una “patente homogeneización paulatina de las condiciones sociales entre funcionarios públicos y trabajadores del sector privado”, cuestión que se evidencia en la pérdida de importancia de “la diferenciación entre trabajo manual e intelectual como base de una distinción sencilla entre los regímenes jurídicos laboral y funcional”, y se apoya en Alonso Olea para agregar que “por el contrario, sociológica y económicamente, en nada se diferencian funcionarios y trabajadores”. Cfr. asimismo BAYLOS GRAU, op. cit., p. 37, con remisiones a ALONSO OLEA, M., *La materia contenciosa laboral*, IGO, Sevilla, 1967, pp. 76/77; y ALONSO OLEA, M. y SERRANO-GUIRADO, E., *La seguridad social de los funcionarios públicos*, E.E.P., Madrid, 1957, p. 14, entre otros.

<sup>24</sup> En mi trabajo “Sindicalización de trabajadores marginados, libertad sindical individual y autotutela colectiva: una propuesta de *aggiornamento* del modelo sindical argentino”, publicado originalmente en *DT*, 2000-A, pp. 822/832, y reeditado en SIMON, Julio C. (dir.) y PAVLOV, Federico (coord.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Trabajo. Relaciones Colectivas*, T. II – *Textos Completos*, La Ley, Buenos Aires, 2011, vol. 4, pp. 833/848.

*reconocida por la simple inscripción en un registro especial*” que contiene la citada norma constitucional.

Del mismo modo, es admisible razonar que si el Convenio n° 87 no considerase que militares y policías son al fin y al cabo *trabajadores* a los efectos del ejercicio de la libertad sindical y el derecho de sindicalización —lo cual es susceptible de verificación empírica en numerosas experiencias comparadas, especialmente respecto de los agentes policiales<sup>25</sup>—, carecería de sentido la norma mediante la cual el propio instrumento deja a consideración de los Estados la posibilidad de recortar el alcance de las garantías que deberán ser aplicadas en beneficio de aquéllos.

Por último, en virtud de un mandato constitucional expreso (art. 75.22), la respuesta al interrogante que originó el desarrollo precedente, en la medida que involucra a la aplicación de tratados, no puede prescindir de la interpretación de los órganos internacionales de control. En tal sentido, merece recordarse que, en relación con el Convenio n° 87 de la OIT, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que no excluye a los profesionales de armas de la categoría de trabajadores en sentido amplio, sino postula al contrario una definición restrictiva de los efectivos que podrían ser privados de sus garantías<sup>26 y 27</sup>.

---

<sup>25</sup> Muchas de ellas son relevadas por la sentencia dictada por la Sala II de la CNAT que dio impulso a este ensayo. Véase asimismo el apartado III del presente.

<sup>26</sup> “En el artículo 2 del Convenio núm. 87 se prevé que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a estas organizaciones. Si bien en el artículo 9 del Convenio se autorizan excepciones a la aplicación de estas disposiciones en el caso de la policía y de las fuerzas armadas, el Comité ha recordado que **debería darse una definición restrictiva de los miembros de las fuerzas armadas que pueden ser excluidos de la aplicación del Convenio**. Además, el Comité indicó que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que, habida cuenta de que este artículo del Convenio prevé únicamente excepciones al principio general, en caso de duda los **trabajadores deberían tener consideración de civiles**.” Cfr. OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración*, Quinta edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, pp. 50/51, párr. 226 (negrita agregada).

<sup>27</sup> Esta doctrina del Comité, que integra la difundida recopilación de sus principios y decisiones ya citada en el presente trabajo (quinta edición, revisada, 2006), no parece concordar con el ostensible repliegue del mencionado órgano de control, en el trámite de la queja planteada por el Sindicato Policial de Buenos Aires (SIPOBA), en el cual: “El Comité recuerda que Argentina ha ratificado el Convenio núm. 87 que dispone en su artículo 9 que la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y de la policía las garantías previstas por el presente Convenio. En virtud de este texto, no cabe duda que la Conferencia Internacional del Trabajo tuvo intención de dejar que cada Estado juzgue en qué medida considera oportuno acordar a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía los derechos previstos en el Convenio, o sea, implícitamente, que los Estados que hubieren ratificado el Convenio no están obligados a reconocer los derechos mencionados a esas categorías de trabajadores [véase 145.º informe, caso núm. 778 (Francia), párrafo 19]. Sin embargo, varios Estados Miembros han reconocido el derecho de sindicación a la policía y las fuerzas armadas. En esas circunstancias... el Comité recomienda al Consejo de Administración que decida que este caso no requiere un examen más detenido.” Cfr. CLS, 332º Informe, caso n° 2240, nov. 2003.

### III. Subordinación jerárquica, disciplina y restricciones al ejercicio de los derechos civiles y políticos inherentes al *status* militar

En aras de los valores superiores de la defensa nacional y la seguridad interior, los ordenamientos jurídicos acostumbran imponer restricciones, e incluso privaciones, al personal de las Fuerzas Armadas y —en muy inferior cantidad de casos— de los cuerpos de policía y servicios penitenciarios en lo que respecta al goce de los derechos civiles y políticos, particularmente a la posibilidad de construir instrumentos asociativos de reivindicación y defensa de sus intereses profesionales<sup>28</sup>.

Tales limitaciones afectan con mayor intensidad al personal de las Fuerzas Armadas que al de la Policía, que encuentra reconocida la facultad de asociarse gremialmente en una vasta lista de países de Occidente. Entre otros, admiten la sindicalización en las fuerzas de seguridad: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Costa de Marfil, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Malawi, Níger, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, Senegal, Suecia, Túnez y Uruguay<sup>29</sup>.

Mucho más breve, en cambio, es la lista de Estados que permiten la sindicalización en el seno de sus Fuerzas Armadas<sup>30</sup>. La reconocida “neutralidad política” de los Ejércitos y la subordinación última de los mismos al poder civil exigen que los intereses profesionales de sus miembros “queden por entero a merced del aparato del Estado”; ello, con la segura motivación de impedir que la conflictividad se reproduzca en el interior del aparato estatal<sup>31</sup>.

El *status* militar —que, como se ha visto más arriba, es prácticamente idéntico al de las fuerzas de seguridad— ha sido tradicionalmente concebido como factor de limitaciones en el ejercicio de los derechos de ciudadanía en razón de la sola pertenencia a la institución armada<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> FERNANDO PABLO, op. cit., pp. 119 y 121.

<sup>29</sup> Datos relevados por MADDALONI en la ponencia citada.

<sup>30</sup> Acotada fundamentalmente a países del norte europeo, como Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Holanda, Luxemburgo, Noruega y Suecia. Cfr. FERNANDO PABLO, op. cit., pp. 113, 119 y 121; y BAYLOS GRAU, op. cit., p. 54. Este autor mencionado el último término, destaca las diferencias de criterio que existen con la “Europa latina”, desarrollando los casos de Francia e Italia, en los cuales, si bien se han llevado a cabo reformas, en 1975 y 1978 respectivamente, a través de las cuales se abrió espacio a la participación consultiva y se puso fin a la *capitis deminutio* de los militares, el derecho de sindicalización continúa siéndoles negado (pp. 56/59). Finalmente, cabe mencionar la existencia de la Organización Europea de Asociaciones Militares (EUROMIL), fundada en 1972 como entidad sin fines de lucro que nuclea a su vez a asociaciones representativas de los intereses sociales y profesionales de los militares europeos, cuya acción principal consiste en reclamar a los Estados el levantamiento de las restricciones que pesan sobre los miembros de los Ejércitos para el ejercicio de los derechos civiles y sociales que no sean el resultado inevitable de la específica función militar operativa.

<sup>31</sup> “(E)rigiéndose éste como supremo y neutral hacedor de la voluntad nacional”. Vid. FERNANDO PABLO, op. cit., p. 102, con cita de SENECHAL, M., *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées*, Paris, 1964, pp. 206/216.

<sup>32</sup> “El militar tiene un *status* especial, permanente, de derecho público y limitativo de su capacidad de obrar en ese ámbito”. Cfr. TRILLO FIGUEROA, F., “Las FF.AA. en la Constitución española

Los denominados *principios de ordenamiento militar* —jerarquía y disciplina— imponen a sus cuadros el sometimiento a deberes tales como: a) obediencia exclusiva al mando; b) no vinculación con ninguna otra voluntad colectiva; y c) total disposición para el servicio, que dejan, en conjunto, al descubierto una tangible incompatibilidad entre *jerarquía y disciplina militar*, en un extremo, y *libertad sindical*, en otro<sup>33</sup>.

La subordinación jerárquica militar, al igual que la policial, presenta especiales notas<sup>34</sup>. La más significativa es la “peculiar eficacia” del vínculo jerárquico, que no deriva tanto de un orden piramidal entre los órganos u “oficios” de las distintas unidades (v.gr., del jefe de batallón hacia el jefe de regimiento o cuerpo en el que se encuadra) sino de una especial subordinación concatenada entre los titulares del mando (v.gr., el mayor al teniente coronel y éste al coronel, etc.). Es decir que se trata de relaciones de subordinación que se entablan no entre órganos ni oficios de mando sino entre *personas*, determinadas por el *grado*<sup>35</sup>.

En esa “jerarquía de personas” —antes que de órganos— los subordinados fácilmente se ven constreñidos, si se pretende que el sistema funcione, a renunciar a sus derechos, surgiendo de esta forma limitaciones que se integran en el *status* del militar y erigiéndose así la vía jerárquica en el *iter* obligatorio de las reclamaciones del inferior en rango que pueda sentirse lesionado en sus derechos administrativos o disciplinarios<sup>36</sup>.

Se ha dicho, con razón, que, en el Ejército, “jerarquía y disciplina van siempre de la mano; son dos caras de la misma moneda”<sup>37</sup>. Es que el principio de

---

(esbozo de una construcción institucional)”, en *Revista de Estudios Políticos (REP)*, nº 12, 1979, p. 131, citado por FERNANDO PABLO, op. cit., pp. 112. Véanse asimismo las notas 7 y 8 del presente estudio.

<sup>33</sup> FERNANDO PABLO, op. y loc. cit.

<sup>34</sup> Se ha señalado que: “El concepto de jerarquía proviene de la teología y el Derecho canónico, de donde se extiende al Derecho civil y al militar, quizá para explicar lo que resulta la forma más normal de organización (el único sistema seguido por todos los grupos sociales durante siglos)... su raíz etimológica es griega y significa ‘sagrado principado’”. Vid. ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *La profesión militar y sus notas estructuradoras. Análisis jurídico tras la ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, Serie Administración General, *Colección Estudios*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2000, p. 51, con cita de García Castro, M., “Jerarquía eclesiástica”, *NEJ*, t. XII, p. 723; y GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2a ed. corregida, t. II/1, EDERSA, Madrid, 1970, p. 426.

<sup>35</sup> “Estas notas hacen de la jerarquía militar una jerarquía personalizada, si bien hay que distinguir entre jerarquía de mando (subordinación de los mandos de las distintas unidades, según la escala de éstas —v.gr., ejército, cuerpo de ejército, división, brigada, regimiento, etc.—) y jerarquía de grado, independiente de la atribución efectiva de mando. El militar debe obedecer al superior aunque no dependa de él... (el soldado debe obedecer a todo oficial y suboficial de cualquiera de las tres Armas).” Cfr. BACHELET, citado por FERNANDO PABLO, cit., pp. 114/115. Por caso, el art. 12 de la ley 21.965 dispone que en la Policía Federal: “*La jerarquía es el orden que determina las relaciones de superioridad y dependencia. Se establece por grados...*”

<sup>36</sup> “La vinculación jerárquica se realiza siempre de persona a persona, de grado a grado y en ello estriba la garantía de la ‘no dispersión’ de las órdenes ni la disolución de las responsabilidades”. *Ibidem*, p. 234.

<sup>37</sup> “Subordinación (entendida como obediencia) y disciplina van unidas por que ‘sin subordinación no puede haber disciplina y sin ésta no es posible que haya Ejército. Por consiguiente, el primero y

jerarquía militar tiende a evitar todos los riesgos de resistencia, o desviación, al contenido de las órdenes o a la transmisión de las mismas. Mediante ellas se pretende lograr una “obediencia mecanizada” que excluya toda conducta que responda a impulsos personales (no controlados por el mando), lo que naturalmente se logra, ante todo, exponiendo a cada individuo aislado al peso del aparato sancionador. Cada subordinado se encuentra entonces impedido de recurrir a sus semejantes para defender sus derechos, en la medida en que ello puede imposibilitar la disponibilidad plena y el acatamiento de las órdenes<sup>38</sup>.

De ese modo, el juego conjunto de una *jerarquía personalizada* y una *disciplina despersonalizadora* arroja como resultado un nivel de sujeción exponencialmente mayor que el que se da entre los funcionarios públicos civiles y los asalariados privados, cuya sumisión jerárquica (garantizada por el correspondiente poder disciplinario) afecta únicamente a la prestación de servicios. El subordinado militar, al igual que el policial, carece del *ius resistentiae*, que permite al dependiente en la relación de trabajo desobedecer lícitamente una orden del empleador cuyo cumplimiento pueda generarle un daño<sup>39</sup>. Por el contrario, en el seno de la milicia y la policía el campo de limitaciones y sujeciones es mucho más amplio, desde que afecta al individuo en sí y no en cuanto éste realiza una prestación<sup>40</sup>, al punto que se encuentra sometido a ellas y comprometiendo hasta su propia vida, aun quien pasa a “situación de retiro”, en tanto mantiene su *status* particular<sup>41</sup>.

De acuerdo con lo dicho más arriba, los ordenamientos jurídicos privan en general a los miembros de los ejércitos y cuerpos policiales del goce de derechos civiles y políticos fundamentales de la ciudadanía; entre otros: a) el de participación en actividades proselitistas; b) y c) el ejercicio colectivo de los derechos de petición y de reunión, particularmente cuando esta última posee

---

principal precepto de la disciplina es obedecer”. De aquí que una concepción de la unión entre jerarquía y disciplina se considera natural “porque la jerarquía exige potestad disciplinaria.” Cfr. ALLI TURRILLAS, op. cit., pp. 74/75, con cita de ALMIRANTE, J., “Disciplina” en *Diccionario Militar*, Madrid, pp. 344/345, y BACHELET, V., *Disciplina militare...*, cit. p. 80.

<sup>38</sup> BACHELET, citado por FERNANDO PABLO, op. cit., pp. 115/116.

<sup>39</sup> DE SETA, María Fabiana, “Poder disciplinario”, en DE SETA, María Fabiana; GNECCO, Lorenzo P. y TOSCA, Diego M., “Los poderes del empleador”, a su vez en ACKERMAN, Mario E. (dir.) y TOSCA, DIEGO M., *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni Eds., Santa Fe – Buenos Aires, T. II, *La relación individual de trabajo – I*, p. 827.

<sup>40</sup> En las FF.AA. “se reclama una total disponibilidad y entrega (incluso de la vida) del que presta su esfuerzo profesional”. Cfr. FERNANDO PABLO, op. cit., p. 116. Véase asimismo la nota siguiente.

<sup>41</sup> Por ejemplo, el artículo 5º de ley 21.965 define la “situación de retiro” como “aquella en la cual el personal del cuadro permanente, manteniendo su grado y el estado policial, cesa en el cumplimiento de funciones con carácter obligatorio”. Según el art. 80 de la ley citada, el personal en retiro continúa obligado al cumplimiento de los deberes previstos en el art. 8º del mismo régimen, que consisten en: “a) Adecuar su conducta pública y privada a normas éticas, acordes con el estado policial; b) No integrar, participar o adherir al accionar de entidades políticas, culturales o religiosas que atenten contra la tradición, la Institución, la Patria y sus símbolos; c) Defender, conservar y acrecentar el honor y el prestigio de la Policía Federal Argentina; d) Defender contra las vías de hecho, la vida, la libertad y la propiedad de las personas aun a riesgo de su vida o integridad personal.”

finalidad política o sindical y el personal se encuentra en uso del arma reglamentaria o del uniforme, o bajo invocación de su carácter de miembro de alguna de las mencionadas fuerzas<sup>42</sup>; y d) la libertad de expresión<sup>43</sup>.

En rigor, la sumisión jerárquica en el Ejército, ha llevado a imponer, en el conjunto del *status* militar, restricciones a los derechos de *asociación, sindicalización, manifestación, petición, reunión y expresión*, que cercenaron a sus miembros la posibilidad de intervenir activamente en la defensa de sus intereses profesionales. Tales impedimentos han pretendido justificarse con apelaciones a exigencias de *funcionalidad y eficiencia* del servicio, a la necesidad de evitar el *peligro de la politización* —“principio de neutralidad política” de las Fuerzas Armadas y de seguridad—, a la naturaleza *esencial* del servicio y a la pretensa incompatibilidad entre el mantenimiento de la *disciplina* con el desarrollo de cualquier tipo de actividad reivindicativa.

Pero sin embargo, precisamente en aquellos países en los cuales los aspectos normativos y económicos de la condición militar han sido desarrollados con la participación de organizaciones de autotutela, no se ha producido ningún proceso de politización, mientras que, por el contrario, ocurrieron procesos de esa especie donde los mecanismos de autodefensa surgieron de manera clandestina, provocando así mayor lesión a la eficiencia y la neutralidad de las Fuerzas que el procedimiento de organizar cauces legales<sup>44</sup>.

De esa problemática, constituyen demostraciones elocuentes los inquietantes acontecimientos que sucedieron a principios de diciembre en varias provincias argentinas.

Lo hasta aquí visto en este apartado ilustra acerca de que la concepción “tradicional” —también denominada “institucional”— de las Fuerzas Armadas se encuentra imbuida de la idea de que el militar es, ante todo, un profesional de *status*, es decir, situado en el seno de una institución cuyos valores (honor,

---

<sup>42</sup> El art. 9º, inciso 23, del nuevo Código de Disciplina aprobado por la ley 26.394 (Anexo IV) tipifica como falta disciplinaria leve: “*El militar que participare en actividades proselitistas de partidos políticos o sindicatos utilizando el uniforme o en su carácter de militar.*” Por su parte, el art. 29 de la ley 19.349 extiende incluso a los gendarmes en situación de retiro los deberes y las limitaciones al ejercicio de los derechos que pesan sobre el personal en actividad, prohibiéndoles puntualmente, en su inciso h): “*usar la denominación de su grado, uniforme, insignias, atributos y distintivos, en actos o giras de carácter comercial o político, ni en manifestaciones públicas, salvo aquellas expresamente permitidas por la reglamentación...*”

<sup>43</sup> El art. 10 del mencionado código califica como “*faltas graves*” las conductas del militar que: “*1... expresare públicamente cualquier consideración que pudiera menoscabar la disciplina o infundir el desaliento a otros militares. 2... que no adoptare las medidas preventivas o correctivas conducentes al mantenimiento de la disciplina. 3... que efectuare manifestaciones de trascendencia pública que impliquen un cuestionamiento de planes, directivas u órdenes impartidas por cualquier nivel de comando de las fuerzas armadas, de actividades propias del servicio o del desempeño de los funcionarios del gobierno (...)* También constituirán faltas graves todos los actos u omisiones (...) que, vulnerando los deberes militares, conlleven un grave menoscabo a la disciplina militar dificultando el cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos de las fuerzas armada...”

<sup>44</sup> El autor varias veces citado en este opúsculo afirma que esta evolución es constatable en países como Suecia, Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo, Noruega y el Reino Unido. Vid. FERNANDO PABLO, op. cit., pp. 118/119.

disciplina, jerarquía, valor, patriotismo, tradición) antagonizan con la autodefensa colectiva de los intereses profesionales de sus miembros<sup>45</sup>.

A ella se opone una más moderna visión “profesional”, que pone el acento en la socialización del personal militar en base, precisamente, a su situación profesional, lo cual implica considerar a los Ejércitos como parte de la Administración, cuyo personal desarrolla, con especial preparación y competencia, determinadas funciones o tareas objetivas<sup>46</sup>. Desde esta última perspectiva, el ordenamiento militar no puede sino compatibilizarse con los principios y garantías constitucionales democráticos (de legalidad, irretroactividad, debido proceso, jerarquía normativa, razonabilidad, indemnidad, protección al trabajo y libertad sindical, entre otros). Así lo han entendido varios países europeos, en los cuales los aspectos normativos y económicos de la condición militar son negociados por órganos de autotutela (por ejemplo, en Suecia, Holanda, Bélgica y Alemania)<sup>47</sup>.

Un breve paréntesis merece el caso de España, que a pesar de la profundización de la democracia que siguió a la aprobación de la Constitución de 1978, no admite la sindicalización en sus Ejércitos —con la salvedad que le cabe a la Guardia Civil, en tanto constituye un “*Instituto Armado de naturaleza militar*”<sup>48</sup>—. Si algún paralelismo puede establecerse provechosamente entre dicho sistema y el argentino, deberá encontrarse en las respectivas tradiciones autoritarias que dejaron sus resabios en las instituciones armadas de sendos Estados. Coincido con un autor que señala que la pretensa incompatibilidad de los fenómenos democráticos en el seno de las Fuerzas Armadas con las consignas primordiales que allí rigen —de obediencia incondicional, subordinación y jerarquía— no está exenta del sentido corporativo heredado de la extensa etapa franquista, en el que “el poder del Jefe del Estado descansaba y se erguía en la fuerza que le otorgaba el Ejército”<sup>49</sup>.

Se podría decir que, enrolado en la señalada nueva corriente, nuestro país ha llevado a cabo reformas en el régimen de justicia militar y en los sistemas de “educación y capacitación” castrense, en los cuales ha incorporado las perspectivas de género y de los derechos humanos en general<sup>50</sup>. La ley 26.394, sancionada en agosto de 2008, derogó el Código de Justicia Militar (ley 14.029

---

<sup>45</sup> Cfr. FERNANDO PABLO, op. cit., pp. 103/104.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Cfr. FERNANDO PABLO, op. cit., p. 121.

<sup>48</sup> Art. 9.b), Ley Orgánica 2/86. Cfr. GÓMEZ CABALLERO, op. cit., p. 121.

<sup>49</sup> GONZÁLEZ DE LA ALEJA, Ramón, *La titularidad del Derecho de Huelga. En especial en la función pública: perspectivas jurídico críticas*, Prólogo de Antonio Baylos, Comares, *Crítica del Derecho – Derecho Vivo*, colección dirigida por José L. Monereo Pérez, Granada, 1999, p. 308.

<sup>50</sup> Que se materializan, por ejemplo, en la creación de institutos como el Observatorio sobre la Integración de la Mujer y el Consejo de Política de Género y en la eliminación de las restricciones en el acceso de mujeres con hijos y la derogación del antiguo régimen de justicia militar. Cfr. VARELA, Silvia; SANTOS, Lucila y MUZZOPAPPA, Eva, con aportes de SAPOZNIK, Denise, “Políticas de defensa y derechos humanos para las fuerzas armadas”, en CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*, CELS – Siglo XXI Editores, Buenos Aires, p. 282.

con sus modificatorias) y dispuso, en su reemplazo, la creación de un régimen disciplinario para las Fuerzas Armadas que contiene todas las garantías constitucionales correspondientes a los procesos administrativos<sup>51</sup>.

El nuevo Código de Disciplina para los cuerpos profesionales encargados de la defensa del Estado, constituye un régimen prescriptivo y sancionatorio autónomo respecto del sistema penal y respetuoso de las garantías procesales constitucionales, que caracteriza a la disciplina, ya no como un fin en sí ni un factor de “despersonalización”, sino como un “*instrumento al servicio exclusivo del cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia y las órdenes de su comandante en jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las Fuerzas Armadas*” (art. 1º, Anexo IV, ley 26.394).

El mantenimiento de la disciplina en el actual ordenamiento militar nacional se rige a su vez por los principios siguientes (art. 2º, Anexo IV, ley 26.394):

- a) Finalidad de restablecimiento de la eficiencia del servicio;
- b) La sanción es considerarse un instrumento de respaldo, no una herramienta esencial, para el mantenimiento de la disciplina;
- c) *Non bis in ídem*;
- d) No arbitrariedad y fundamentación en la aplicación de sanciones;
- e) Proporcionalidad de la sanción con respecto a la falta y los efectos directos que ésta produce en el cumplimiento de las tareas.
- f) Reserva legal y carácter restrictivo para la calificación de conductas como “falta gravísimas” (art. 12, Anexo IV, ley 26.394).

Tras ello, el art. 13 del nuevo Código de Disciplina remarca el carácter excepcional de la calificación de conductas como “*falta gravísimas*” cuando expresa que constituyen tales “*sólo las siguientes*”, que acto seguido pasa a enumerar<sup>52</sup>.

A partir de la reforma legal sucintamente presentada, las distancias que, por predominio de la concepción tradicional, separaban de manera insalvable a la

---

<sup>51</sup> El régimen derogado, que rigió desde los años cincuenta del siglo pasado, daba lugar a prácticas en la administración de justicia opuestas a los principios generales del Derecho y cuya pervivencia, independiente de la justicia federal pero no de la “cadena de mando”, contrariaba las garantías del debido proceso, definido por la jurisprudencia del más alto tribunal como el “*respeto por las formalidades inherentes a la acusación, la defensa, la prueba, el tribunal juzgador y la sentencia*”, con apoyo en los arts. 8.1.d, CADH; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y 14.1 del PIDCP. Véase CSJN, 6/03/07, “*López, Ramón Ángel s/recurso del art. 455 bis del Código de Justicia Militar*” (Fallos: 330:399), citado por VARELA, SANTOS, MUZZOPAPPA y SAPOZNIK, op. cit., pp. 283/285.

<sup>52</sup> “Art. 13: ... 4. *Insubordinación. El militar que hiciere resistencia ostensible o expresamente rehusare obediencia a una orden del servicio que le fuere impartida por un superior. 5. Desobediencia. El militar que, sin rehusar obediencia de modo ostensible o expreso, deja de cumplir, sin causa justificada, una orden del servicio, siempre que hubiese causado daño o perturbación en el servicio.*”

disciplina militar de la que surge de la relación de trabajo<sup>53</sup> hoy tienden a estrecharse considerablemente.

## V. Garantías constitucionales expresas e implícitas

Tal como permite observar el preciso voto de la Dra. Graciela González, al que adhiere el Dr. Miguel Ángel Pirolo, en la sentencia que inspira el presente estudio, el goce del derecho de asociación sindical para los agentes policiales y militares encuentra acogida en nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de forzar la interpretación de ninguna de sus normas. Además de lo apuntado más arriba respecto del artículo 14 bis, el ejercicio de tal libertad fundamental por parte de militares y policías se encuentra implícitamente comprendido en otras fuentes de la máxima jerarquía, como el art. XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 75.22, CN), que garantiza a “*toda persona... el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden... sindical*”.

Si en el nivel legal no existe dispositivo que vede o limite la sindicalización de los miembros de las referidas fuerzas —conforme lo ha recomendado el Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones del Trabajo, Dr. Eduardo Álvarez, en casos que precedieron al comentado pronunciamiento de la Sala II<sup>54</sup>— deben prevalecer las garantías a la libertad de actuación previstas en el ordenamiento constitucional, fundamentalmente las que surgen del art. 14 (derecho de “*asociarse con fines útiles*”) y el 19 de nuestra fuente suprema, que impide interpretar como *prohibición* la omisión de establecer restricciones expresas en la ley y cuya distorsión interpretativa por parte de magistrados y de la autoridad de aplicación —orientada hacia el desconocimiento del derecho— implica una contradicción al mencionado precepto superior. Lo precedente, además de que, en lo que atañe al Ministerio de Trabajo, constituye una “*injerencia*” en la autonomía

---

<sup>53</sup> La subordinación del trabajador y el poder disciplinario del empresario se insertan en el terreno de la relación de trabajo, que pertenece al mundo de la producción y se separa del territorio del contrato de trabajo. Así en la visión que sostienen autores como Durán López, a partir de “la toma de conciencia de la naturaleza fundamentalmente política de la empresa —tesis desarrollada por Romagnoli—, de la problemática específica del terreno de la relación de trabajo y de la producción, del aspecto opresivo de la relación de trabajo, constituido por la organización del trabajo y los principios jerárquicos que la rigen, con el peligro que para las libertades democráticas implica la inevitable separación de la relación de trabajo del contrato de trabajo.” Cfr. DURÁN LÓPEZ, op. cit., pp. 20/21, con cita de ROMAGNOLI, Umberto, “Autorità e democrazia in azienda: teorie giuridico-politiche”, en *Politica del Diritto*, 1971, p. 534. En Argentina, da cuenta De Seta de que: “En su origen y antes de su regulación jurídica el poder disciplinario se ejercía de hecho en el ámbito de la empresa”. Cfr. DE SETA, op. cit., p. 827.

<sup>54</sup> “*La ciencia del derecho y los métodos modernos de interpretación rechazan, con carácter unánime, la posibilidad de que se interprete a las lagunas como creadoras de normas prescriptivas de prohibiciones.*” Vid. FGT, dictamen n° 32.251, del 31/08/2001, autos “*Asociación Unión Personal Policial de Río Negro c. Ministerio de Trabajo*”, CNAT, Sala V, expte. 24.561/2000; y dictamen n° 48.923, del 15/09/2009, in re “*Sindicato Policial de Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asoc. Sindicales*”, del registro de la misma sala.

de las asociaciones sindicales explícitamente interdicta por el art. 6° de la ley 23.551<sup>55</sup>.

El principio de reserva contenido en el art. 19, CN, se reproduce en el art. 30 de la CADH, cuando ésta remarca que “*las restricciones permitidas*” en el art. 16.3 de la propia convención al goce y ejercicio de los derechos y libertades que ella misma reconoce, “*no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*”

Supuestas “razones de interés general” no pueden válidamente esgrimirse para impedir el ejercicio de la libertad de asociación sindical a militares y policías una vez que el legislador —único titular de la competencia reglamentaria del ejercicio de derechos fundamentales (art. 28, CN)— decidió no exteriorizarlas con anticipación<sup>56</sup>. A pesar de ello, no pocas resoluciones administrativas y pronunciamientos emitidos en procesos judiciales<sup>57</sup> han soslayado las salvaguardas constitucionales y legales establecidas en beneficio de la autonomía subjetiva (v.gr., arts. 14, 14 bis y 19 CN; art. 30, CADH; art. 8.2, Conv. n° 87; y art. 6°, ley 23.551), en oportunidad de desconocer el derecho de sindicalización de los agentes de policía y de los servicios penitenciarios.

La sentencia en comentario revierte el frecuente razonamiento que trata a la regla general como excepción y que ha utilizado, en diversas circunstancias, la autoridad administrativa para censurar la asociación sindical no sólo de efectivos policiales y de los servicios penitenciarios sino también de trabajadores autónomos-dependientes y desempleados, a pesar de que todos ellos encuentran amparo al ejercicio de este derecho en normas de alcance general y de la más alta jerarquía<sup>58</sup>.

Es decir que —en la misma línea de reflexión que aplica el fallo— si el Congreso de la Nación no ejerció una facultad de su exclusiva competencia, como

---

<sup>55</sup> Artículo 6°: “*Los poderes públicos y en especial la autoridad administrativa del trabajo, los empleadores y sus asociaciones y toda persona física o jurídica deberán abstenerse de limitar la autonomía de las asociaciones sindicales, más allá de lo establecido en la legislación vigente.*”

<sup>56</sup> No parece razonable que el “interés general” se vea favorecido por insurrecciones generalizadas, como las que han tomado estado público en tiempos muy cercanos a la redacción de esta nota, originadas en reclamos elementales de actualización salarial y mejoras en las condiciones de prestación del servicio, que estallaron ante la falta de canales institucionales de diálogo entre representantes gubernamentales o de los altos mandos de las fuerzas y entidades representativas de los agentes.

<sup>57</sup> Véase, por todos, el dictamen emitido por la Procuración General de la Nación en autos “*Sindicato Policial de Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales*”, del 5/12/2012 (S.C.S. n° 909, LXLVI).

<sup>58</sup> Así también la autoridad administrativa se ha permitido denegar el derecho a organizarse sindicalmente a asalariados formales que hubieran adoptado un tipo de agrupe o configuración asociativa no estrictamente ajustado a alguno de los tres moldes previstos por el art. 10 de la ley 23.551, hasta que, del mismo modo, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo posterior al fallo “ATE” puso las cosas en su lugar. Véase CNAT, Sala IV, “*Ministerio de Trabajo c. Asociación del Personal Jerárquico del Jockey Club*”, 24/09/2010, publicado en revista *DT*, diciembre 2010, p. 3322, con nota de TRIBUZIO, José E. y GARCÍA, Héctor O., “La constitucionalidad condicionada del artículo 10 LAS”.

es la de limitar el ejercicio de la libertad de asociación sindical a los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, y ello no implica una actitud calificable de “inconstitucionalidad por omisión”, no le está permitido a otro Poder estatal subrogarse en dicha facultad para menoscabar el ejercicio de un derecho fundamental.

Ante la ausencia de restricciones expresas en la ley, no procede otra actitud que la de respetar la autonomía particular (art. 19, CN) y ajustarse a la regla de interpretación y aplicación favorable a la libertad sindical que establece el art. 8.2 del Convenio n° 87<sup>59</sup>.

Con respecto a la interpretación de dicho Convenio —y sin perjuicio del desarrollo argumental precedente— la situación particular del personal militar y de fuerzas de seguridad ante el ejercicio de la libertad sindical merece la formulación de una advertencia relativa a la interpretación del ya mencionado art. 9.1 del Convenio n° 87. Lo que expresa dicha norma es que la legislación nacional “*deberá determinar*” hasta qué punto “*se aplicarán*” a las fuerzas armadas y policiales las garantías previstas en el Convenio.

Es decir que no se limita a derivar a la ley nacional la decisión en torno al reconocimiento o desconocimiento del derecho de sindicalizarse a soldados y agentes policiales, sino en rigor, “ordena” al legislador el establecimiento de un régimen en el cual, como principio, las garantías de la libertad sindical deben estar vigentes para los referidos colectivos, admitiendo, con carácter de excepción, la incorporación de limitaciones siempre que éstas no impliquen un “vaciamiento sustancial” o privación del ejercicio de la libertad sindical para los servidores públicos en cuestión<sup>(60)</sup>.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), órgano de interpretación autorizada de la CADH, destaca, en su informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, aprobado el 31 de diciembre de 2009, como cuestión de relieve en dicha temática, la necesidad de tener en cuenta el ejercicio de la libertad sindical para las fuerzas de seguridad. En el mencionado informe se expresa que: “*los Estados Miembros deben garantizar al personal que integra las fuerzas policiales el derecho de asociarse para la defensa de sus derechos profesionales, conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico internacional. El ejercicio de la libertad sindical por parte de funcionarios policiales debe desarrollarse manteniendo una ponderación permanente con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Miembros respecto a*

---

<sup>59</sup> Art. 8.2: “*La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.*”

<sup>60</sup> “Se entendió, por parte del algún autor, que si tal reserva consentía adoptar limitaciones no permitía un vaciamiento sustancial de la libertad sindical en estos colectivos... Según esta interpretación, la norma del art. 9 del citado Convenio no sería una ‘invitación a legislar’ en favor del reconocimiento de la libertad sindical para aquéllos, sino su reconocimiento mismo”. Vid. FERNANDO PABLO, op. cit., p. 119, con remisiones a: MANCINI, “Il sindacalismo militare e la sinistra”, en *PD*, febrero 1976, pp. 67, y del mismo autor: “Equivoci e silenzi sul sindacato de polizia”, en *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna, 1976; y GHEZZI y ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1982, p. 69.

*toda la población bajo su jurisdicción en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*<sup>61</sup>.

En otro párrafo del mismo documento, el citado organismo de control internacional recuerda que: *“Las obligaciones de los Estados miembros en relación con los derechos de asociación y reunión en su vinculación con la seguridad ciudadana, también deben considerarse respecto de un aspecto tradicionalmente relegado en la región: el ejercicio de la libertad sindical por parte de los funcionarios y funcionarias que integran las fuerzas policiales.”* Y añade que: *“La mayoría de las normas que rigen la actividad de los cuerpos de seguridad prohíben la constitución de sindicatos y consideran como falta grave o gravísima cualquier forma de asociación con fines reivindicativos profesionales. En los últimos años, en algunos países de la región esta tendencia comenzó, no sin dificultades, a revertirse, y hoy se desarrollan procesos de adecuación normativa y de regularización de prácticas de acción sindical que tienen como objetivo establecer un sistema de relaciones laborales racional y adecuado a las normas internacionales en la materia.”*<sup>62</sup>

Es decir que, en la medida en que tales restricciones no han sido impuestas por la ley, los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad deben considerarse inmediatamente usufructuarios de las garantías previstas en el Convenio n° 87, investido de jerarquía constitucional en opinión de nuestra doctrina científica y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>63</sup>.

Finalmente, de acuerdo con lo dicho en el apartado II del presente ensayo, lo mismo cabe decir respecto del Convenio n° 151, relativo a las relaciones de trabajo en la administración pública, cuyo art. 1.3 formula un reenvío a la ley nacional idéntico al que contiene el art. 9.1 del Convenio n° 87<sup>64</sup>.

## **VI. Restricciones al ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga acompañadas de “garantías compensatorias”**

---

<sup>61</sup> *“...El logro de ese equilibrio determina que la actividad sindical de los funcionarios y funcionarias policiales puede someterse a algunas limitaciones o restricciones que no rigen para otros trabajadores de la actividad pública o privada, propias de una institución sometida a reglas específicas de disciplina y jerarquía y a las necesidades de una sociedad democrática, como se desarrollará oportunamente en este informe al analizar el derecho a la libertad de asociación en su relación con la política pública sobre seguridad ciudadana.”* Cfr. Organización de Estados Americanos (OEA), CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA documentos oficiales, diciembre 2009, párr. 93 (negrita agregada).

<sup>62</sup> CIDH, informe cit., párr. 202 (negrita agregada).

<sup>63</sup> Vid., por todos: Rodríguez Mancini, Jorge, “Las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional”, en VV.AA. (Álvarez, Eduardo y otros), *Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 47 y ss.; y CSJN, 11/11/2008, “Asociación de Trabajadores del Estado – ATE – c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales” (Fallos: 331:2499).

<sup>64</sup> “Artículo 1... 3. La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.”

El reconocimiento del derecho de sindicación a los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, no implica necesariamente la imposibilidad de imponer razonables recortes a los derechos que componen el contenido dinámico del principio de libertad sindical (negociación colectiva y huelga), en atención a las particularidades de su función y del contexto en que los mismos puedan ser ejercidos (v.gr., situación de conflicto bélico, catástrofe o “crisis nacional aguda”, entre otras circunstancias que merecerían especial consideración).

Si se toma como ejemplo el caso de España, la doctrina y jurisprudencia han establecido distinciones, sobre la base de la interpretación de los arts. 28.1 y 103.3 de la Constitución de 1978<sup>65</sup>, entre *limitaciones* y *excepciones* al ejercicio de derechos fundamentales y las llamadas *peculiaridades*, que consisten en modulaciones o matizaciones destinadas a adaptar el contenido de la libertad sindical a las esencialidades objetivas de la función pública, es decir, que —de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español— los colectivos de singulares funcionarios pertenecientes a las Fuerzas Armadas pueden ejercer los derechos sindicales con las limitaciones que derivan de la necesaria acomodación al ejercicio de otros derechos reconocidos igualmente en la Constitución<sup>66</sup>.

Dichas “peculiaridades” —que deben tener su fundamento en la Constitución por cuanto afectan a derechos garantizados en dicha fuente— recaen sobre la “acción sindical” (componente del referido contenido dinámico), no a la “titularidad” de los derechos sindicales ni a aspectos de contenido puramente “orgánico”, como son la sindicalización y la representación en el ámbito de prestación del servicio<sup>67</sup>.

### VI.1. *Negociación colectiva y otros métodos de participación*

La doctrina se ocupó de señalar que la ley 23.544, que aprueba y ratifica el Convenio nº 154, sobre el fomento de la negociación colectiva, hizo reserva de diferir la aplicación del mencionado instrumento de la OIT a la “*oportunidad de*

---

<sup>65</sup> Art. 28.1: “*Todos tienen derecho a sindicalizarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.*”

Art. 103.3: “*La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.*” (Negrita agregada en ambos párrafos.)

<sup>66</sup> GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los Derechos Colectivos de los Funcionarios*, CES, Colección Estudios, Nº 9, Madrid, 1994, p. 39, con cita de la STC nº 11/1981.

<sup>67</sup> El Tribunal Constitucional español ha considerado que las “peculiaridades” pueden “afectar el contenido no esencial del derecho de sindicación” (STC 57/82, FJ nº 8), es decir, sólo recaen sobre “determinados aspectos de la libertad sindical del funcionario, sin vaciarla de contenidos, que no afectan a los derechos de constitución de sindicatos y de afiliación a los mismos y que se prevén en el ejercicio de la actividad sindical” (STC 98/85, FJ nº 1). Sentencias citadas por GÓMEZ CABALLERO, op. cit., p. 40.

*entrar en vigencia la nueva legislación que regulará el desempeño de la función pública*”<sup>68</sup>.

Según la propia ley 23.544, el anunciado futuro régimen sería considerado por el Congreso en el término de 365 días computados a partir de su promulgación, que tuvo lugar el 11/01/1988. Pero, como es sabido, casi doce años más tarde —el 15/09/1999— se sanciona la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, n° 25.164, en la cual el legislador hace manifiesto su olvido del compromiso asumido, al consignar en el texto de esta ley, que la misma “*regula los deberes y derechos del personal que integra el Servicio Civil de la Nación...*”, y a continuación excluye expresamente al “*personal militar en actividad y el retirado que prestare servicios militares*” y asimismo al “*perteneciente a las Fuerzas de Seguridad y Policiales*” (Anexo ley 25.164, art. 3°, párrafo primero y párrafo segundo, incisos “c” y “d”).

Para la época en que fue sancionada la mencionada Ley Marco del Empleo Público, el Congreso ya había dictado el régimen que aún regula la negociación colectiva en la Administración pública nacional (ley 24.185)<sup>(69)</sup>. El art. 3° inc. e) de esta ley, por su parte, había también excluido expresamente de su aplicación al “*personal militar y de seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval, Policía Federal, Servicio Penitenciario Federal u organismos asimilables*”.

Sendas exclusiones no alcanzan, a mi juicio, a configurar “*inconstitucionalidad por omisión*”, en cuanto se trata de leyes posteriores (24.185 y 25.164) que modifican previsiones sentadas en una ley anterior (23.544). Viene al caso aclarar que si bien el Convenio n° 154 posee jerarquía supralegal (art. 75.22, CN), no debe perderse de vista que el compromiso asumido respecto de incluir al personal uniformado en el régimen específico de la función pública proviene de la fuente legal citada en último término —la ley 23.544—, no del convenio internacional que ésta ratifica. Ante la ausencia de legislación expresa, sí operan —como se expuso más arriba— las garantías a la autonomía previstas en los arts. 14, 14 bis y 19 de la Constitución, este último en cuanto garantiza a los gremios, sin condicionantes, la concertación de convenciones colectivas, y ello sin perjuicio de las comprensibles dificultades operativas que trae aparejada para su implementación la falta de un régimen que regule el ejercicio concreto de este derecho constitucional.

El Convenio n° 98, que se ocupa de los derechos de sindicalización y de negociación colectiva, contiene, en su art. 5.1, un reenvío análogo al del art. 9.1 del Convenio n° 87, para que la legislación nacional determine el alcance de las garantías previstas en el mismo con respecto a “*su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía*”<sup>70</sup>. Luego el art. 6 del Convenio n° 98 excluye de su campo

---

<sup>68</sup> Cfr. el voto del Dr. Oscar Zas en los mencionados autos “*Sindicato Policial de Buenos Aires*”, y asimismo DUARTE, op. y loc. citis.

<sup>69</sup> Sancionada el 11/11/1992; promulgada de hecho el 16 de diciembre del mismo año.

<sup>70</sup> En el apartado 2 del citado artículo 5 del Convenio n° 98, se advierte que de acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del art. 19 de la Constitución de la OIT, la ratificación de dicho Convenio no permitirá considerar que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la

de aplicación a los funcionarios públicos que trabajan en la administración del Estado<sup>71</sup>. Pero el Convenio n° 151, si bien respecto de los miembros de fuerzas armadas y de seguridad contiene un reenvío a la legislación nacional similar al de los Convenios n° 87 y 98 (véase apartado V *in fine* de este trabajo, especialmente la nota 64), concretó “un paso importante” en materia de los derechos de los funcionarios del Estado, al exigir —en su art. 7— que los Estados fomenten procedimientos de negociación, o “cualesquiera otros métodos”, que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de sus condiciones de empleo<sup>72</sup>.

Esos “otros métodos” que refiere el convenio de la OIT que regula las relaciones de trabajo con los funcionarios públicos pueden ser la consulta a las organizaciones representativas del personal y la habilitación de mecanismos para canalizar las reclamaciones de los representantes sindicales, a fin de la resolución compartida de cuestiones a través del diálogo institucional<sup>73</sup>.

A partir del Convenio n° 151, entonces, y lo que surge de los arts. 19 y 14 bis de la CN, la determinación de las condiciones de trabajo y empleo de los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad podría llevarse a cabo, en nuestro país, a través de mecanismos de negociación, consulta o participación en los que intervengan las organizaciones constituidas por aquéllos o representantes de las mismas.

En lo que hace a los contenidos o temas que podrían ser abarcados por tales mecanismos, la doctrina precisa que la noción de “condiciones de trabajo” utilizada por los órganos de control de la OIT no se limita a los temas tradicionales (jornadas, horas extraordinarias, descansos, salarios, etc.) sino que cubre “materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo”, como por ejemplo las promociones, traslados, suspensiones de puestos sin previo aviso, etc.<sup>74</sup> Por su parte, el Comité de Libertad Sindical ha advertido

---

policía las garantías previstas en el mismo. El mencionado párrafo del texto constitucional de la OIT enuncia el principio de la “aplicación de las condiciones más favorables a los trabajadores”, del siguiente modo: “*En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.*”

<sup>71</sup> Art. 6, Convenio n° 98: “*El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos de la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.*” (Negrita agregada.)

<sup>72</sup> GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”, en *Revista Internacional del Trabajo (RIT)*, vol. 119, n° 1, OIT, Ginebra, pp. 51, con remisión a OIT, 1985, p. 1573.

<sup>73</sup> La Recomendación n° 159 de la OIT, de 1978, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, aconseja, en su párrafo 2.2), que: “*En el caso de que existan métodos distintos de la negociación para permitir a los representantes de los empleados públicos participar en la fijación de las condiciones de empleo, el procedimiento para asegurar esa participación y para determinar de manera definitiva tales condiciones deberá preverse mediante la legislación nacional o por otros medios apropiados.*” (Negrita agregada.)

<sup>74</sup> GERNIGON, ODERO y GUIDO, op. cit., pp. 43/44, con remisión a OIT, 1994a, párr. 250, nota al pie de pág. 17. Según estos autores, este criterio concuerda con la tendencia moderna de los países desarrollados a reconocer la negociación colectiva “gestional”, que excede de las

que pueden quedar fuera del alcance de la negociación “*las cuestiones que corresponden, evidentemente, de modo primordial o esencial, a la dirección y funcionamiento de los asuntos del gobierno*”<sup>75</sup>.

## VI.2. Huelga y servicios esenciales

Es conocido que en virtud de la salvedad contenida en el art. 9.1 del Convenio n° 87, el Comité de Libertad Sindical se ha abstenido de objetar las legislaciones que prohíben la huelga a los miembros de las fuerzas armadas y policiales<sup>76</sup>. También el PIDESC, luego de garantizar, en su art. 8, apartado 1, inciso d), “(e)l derecho de huelga ejercido de conformidad a las leyes del país”, advierte en el apartado 3 del mismo artículo que lo expresado en la precitada cláusula “*no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado*”.

Aunque —como se ha visto a lo largo del presente trabajo— tal prohibición no se verifica en la legislación argentina, que simplemente omitió reglamentar el ejercicio de los derechos de libertad sindical por parte de los referidos servidores del Estado, con lo que operan en principio las habilitaciones previstas en las normas constitucionales (arts. 14 bis y 19, CN) e internacionales (arts. 2, 3.1 y 8.2 del Conv. 87). Ello —conforme se ha visto—no ofrecería dudas en lo que hace a los derechos de organización sindical y de negociación y participación de los representantes sindicales. Distinto es el caso del derecho de huelga. En cuanto involucra a la seguridad de las personas, la actividad desarrollada por el personal militar y policial admitiría ser calificada como “servicio esencial”, de acuerdo con los criterios de los órganos de control de la OIT<sup>77</sup>, a los cuales reenvía la ley que reglamenta la materia en nuestro país (art. 24, ley 25.877).

Ahora bien, el art. 24 de la denominada Ley de Ordenamiento Laboral efectúa una enumeración taxativa<sup>78</sup> de las actividades que califica como servicios

---

condiciones de trabajo en sentido estricto: “El reconocimiento de los derechos de negociación colectiva de las organizaciones de funcionarios y empleados públicos es hoy una realidad en los países industrializados y cada vez más en los países en desarrollo”. Vid. GERNIGON, ODERO y GUIDO, op. cit., p. 51.

<sup>75</sup> GERNIGON, ODERO y GUIDO, op. cit., p. 44, con remisión a OIT, 1996a, párr. 812.

<sup>76</sup> GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, en *RIT*, vol. 117, n° 4, OIT, Ginebra, p. 481, con cita de OIT, 1985, p. 708.

<sup>77</sup> La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha definido a los servicios esenciales “en el sentido estricto del término” como aquellos “*cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.*” Por su parte, el Comité de Libertad Sindical ha incluido a “*los servicios penitenciarios públicos o privados*” dentro de la enumeración de “servicios esenciales en sentido estricto”. Cfr. OIT, *La Libertad...*, recopilación 2006 cit., p. 126, párr. 583 y 585, respectivamente.

<sup>78</sup> Remito a mis trabajos: “La huelga en los servicios esenciales”, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) y TOSCA, Diego M. (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. VIII (también editado como *Relaciones Colectivas de Trabajo – II*), pp. 805/887; y “La huelga en los servicios esenciales”, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, pp. 290/387; y asimismo al más reciente y completo estudio de TRIBUZIO, José E., “La Huelga en los Servicios Esenciales”, en SIMON, Julio C.

esenciales, en la cual no se encuentran la defensa exterior ni la seguridad interior. Es cierto que dichas actividades encuadran en aquello que los principios de los organismos técnico jurídicos de la OIT consideran servicios esenciales “en sentido estricto”, en los cuales sería admisible la imposición de restricciones en el ejercicio del derecho de huelga, empero la eficacia del reenvío formulado por la ley argentina a la doctrina normativa de la OIT no es automática sino que su operativización requiere de la puesta en funcionamiento de un mecanismo de “delegación restringida”<sup>79</sup> de la ley hacia la Comisión de Garantías creada por el decreto 272/06.

La competencia, entonces, para determinar la calificación de una actividad como servicio esencial corresponde a la Comisión de Garantías, organismo esencialmente arbitral de composición pluripartita, que vino a constituir el “órgano independiente” al que el art. 24 de la ley 25.877 le encomienda intervenciones destinadas a integrar el contenido de la propia norma legal<sup>80</sup> a través de la determinación, de manera casuística<sup>81</sup>, de los supuestos excepcionales que darían lugar a la ampliación del listado de actividades esenciales y, en un paso posterior, a la fijación de los servicios mínimos si las partes del conflicto no se hubieren puesto de acuerdo en torno a los mismos<sup>82</sup>.

En el supuesto de que el legislador decidiera establecer un régimen especial que limite con mayor rigor el ejercicio del derecho de huelga por parte de los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, debería tener presente que el Comité de Libertad Sindical ha previsto que, cuando un país priva del derecho de

---

(dir.) y AMBESI, Leonardo (coord.), en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, pp. 667/878.

<sup>79</sup> ACKERMAN, Mario E., “Conflictos colectivos de trabajo. Ratificación y ampliación de la abolición del arbitraje obligatorio y reglamentación de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad”, en VV.AA., *Reforma Laboral. Ley 25.877*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 224.

<sup>80</sup> GARCÍA, Héctor O., “La huelga en los servicios esenciales”, en ACKERMAN y TOSCA, *Tratado...*, cit., p. 860; y, con el mismo título, en RODRÍGUEZ MANCINI, *Derecho...*, cit., pp. 374/375.

<sup>81</sup> “... Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo...” (art. 24, ley 25.877, tercer párrafo).

<sup>82</sup> A diferencia de los criterios de los órganos de control normativo de la OIT, la ley argentina (art. 24, ley 25.877) no admite “prohibiciones” al ejercicio del derecho de huelga sino sólo restricciones, configuradas en la obligatoriedad de agotar el procedimiento de conciliación obligatoria, previsto en la ley 14.786 y sus homólogas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en la exigencia de que en el desarrollo de la huelga las partes aseguren la prestación de “servicios mínimos”, los cuales en principio deben ser acordados por las partes y, en caso de desacuerdo entre éstas, determinados por la Comisión de Garantías (arts. 14 bis, CN; 24, ley 25.877; y 2º, inc. “b”, dec. 272/06). Con respecto a la inconstitucionalidad de este inciso reglamentario acusada por la doctrina nacional y la de los órganos de control de la OIT, véase TRIBUZIO, op. cit., pp. 840/842.

huelga a sus funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o a los trabajadores de servicios esenciales, al perder éstos uno de los medios fundamentales para hacer valer sus intereses, deberían disfrutar de una protección compensatoria. Es decir que la restricción de la huelga en tales circunstancias deberá ir acompañada de garantías sustitutivas apropiadas, tales como, “*de procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos, en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados (resulten) aplicados por completo y rápidamente*”<sup>83</sup>.

Así también, el Convenio n° 151, postula (en su art. 8) que la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo en la función pública, trate de lograrse “*por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, de modo que inspiren la confianza de los interesados.*”

Vale decir —en relación con lo precedente— que el procedimiento en el que interviene la Comisión de Garantías, instrumentado por el conjunto normativo integrado por la ley 14.786 y el art. 24 de la ley 25.877 con su reglamentación a través de los decretos 272/06 y 362/10, se ajusta a los postulados de las normas y los organismos especializados de la OIT (con la salvedad aludida en la nota 82 *in fine* del presente).

Finalmente, con respecto a las limitaciones que podrían ser legítimamente obligado a soportar los colectivos de cuadros militares y policiales, viene al caso recordar que, en virtud del reenvío expreso que contiene el art. 24 de la ley 25.877 a los “criterios” y “principios” de la OIT (que refuerza en este ámbito específico lo previsto por el art. 75.22, CN, respecto de la interpretación y aplicación de los tratados), no sería admisible —en ningún caso— una hipotética declaración de ilegalidad de una medida de fuerza por autoridades administrativas<sup>84</sup>, es decir, que la competencia al efecto, según nuestra legislación vigente, se encuentra en poder de los tribunales con competencia en materia laboral y de la Comisión de Garantías.

## VII. A modo de resumen

– La ausencia de ley que contemple el derecho de sindicalización por parte de los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad no constituye un argumento válido para privar a estos colectivos del derecho fundamental de asociarse sindicalmente, sino al contrario una contravención a las garantías establecidas en los arts. 14, 14bis y 19 de la Constitución Nacional y en el art. 8.2 del Convenio n° 87.

---

<sup>83</sup> GERNIGON, ODERO y GUIDO, “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, cit., pp. 485/486, con cita de OIT, 1996, párr. 546, e *ibidem*, párr. 547.

<sup>84</sup> Véase mi trabajo sobre “El Derecho de Huelga” en SIMON, Julio C. (dir.) y AMBESI, Leonardo (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo de Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, pp. 648/660 y la doctrina de los organismos internacionales allí recopilada.

– La jerarquía y la disciplina militar, como atributos constitutivos del particular *status* de los efectivos del Ejército, la Gendarmería, la Policía y el Servicio Penitenciario —vistos desde la perspectiva moderna aquí denominada “profesional”—, si bien mantiene diferencias con la subordinación característica de las relaciones de empleo público y privado, carecen de entidad suficiente para apartar a aquéllos de la condición de funcionarios públicos dependientes del Estado, sobre todo a partir de los cambios orientados hacia la democratización interior de las Fuerzas Armadas introducidos por la ley 26.394.

– Los efectivos y cuadros militares y de fuerzas de seguridad deben ser considerados *trabajadores* que se desempeñan en la función pública, a los efectos del goce de los aspectos orgánicos del derecho de sindicalización, por lo tanto amparados por la garantía al trabajo en sus diversas formas que establece el art. 14 bis, CN.

– Dadas las particularidades de la actividad que desempeñan, lo dicho precedentemente no resulta incompatible con la aplicación de restricciones sobre los aspectos dinámicos del derecho de libertad sindical, especialmente en cuanto respecta al ejercicio de la huelga, por hallarse comprometida la seguridad de las personas, y asimismo a la participación pública en reuniones o manifestaciones políticas y sindicales con portación de armas y uniformes reglamentarios.

– La experiencia comparada demuestra que en los países que abrieron márgenes razonables a la sindicalización del personal militar y de fuerzas de seguridad, no se produjeron alteraciones respecto de la neutralidad y apoliticidad connaturales a los Ejércitos y demás cuerpos armados de seguridad.

– En cambio, allí la ley no habilita cauces de participación, los mecanismos de autodefensa surgieron de manera clandestina provocando perjuicios institucionales, como se ha visto recientemente en nuestro país.

No quisiera terminar este trabajo sin advertir que la posición asumida en el mismo respecto de la posibilidad de ejercer de manera inmediata el derecho de sindicalización por parte de los cuadros y agentes de los cuerpos armados, no va en contra de la necesidad y conveniencia del dictado de una ley que regule, de manera expresa y razonable, el ejercicio de los derechos de libertad sindical en las Fuerzas Armadas y de seguridad.

El legislador debería tomar en cuenta la penosa e irrepetible experiencia de los recientes “autoacuartelamientos” policiales y el llamado de atención que implica la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, a fin de estatuir un régimen que compatibilice las garantías a los derechos individuales y colectivos previstos en las normas constitucionales con los altos intereses del Estado en materia de defensa y seguridad interior. ♦