
La protección de la libertad sindical y su regulación (limitada y simbólica) en el Perú

Alfredo Villavicencio Ríos

Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla.
Profesor de derecho laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 La obligación estatal de garantizar y promover la libertad sindical.

La consagración jurídica de un derecho no es suficiente para su vigencia real, en la medida en que todas las normas jurídicas tienen una cierta tasa de incumplimiento. En el derecho colectivo del trabajo, el índice de aplicación de las normas es todavía menor que en las demás ramas del ordenamiento jurídico puesto que se construye sobre una relación de conflicto, expresa una situación de equilibrio inestable entre los intereses de cada una de las partes enfrentadas y se traduce en cargas jurídicas que tienen como responsable de su cumplimiento a quien debe soportarlas mayoritariamente y detenta una posición prevalente en la relación. De allí que sea más o menos común que el empresario busque utilizar cualquier atajo que le permita restarle virtualidad. Por ello, resulta totalmente compartible la opinión de Giugni

y Sanguineti⁽¹⁾ respecto de que en nuestra disciplina, incluso con más intensidad que en otras ramas de la ciencia jurídica, la sola inclusión de preceptos de carácter sustantivo no constituye elemento suficiente para lograr que el dato real se adecue a sus previsiones.

En tal sentido, es unánime el reclamo respecto de lo imprescindible que resulta la adopción de un adecuado andamiaje normativo, procesal e institucional para garantizar la vigencia de la libertad sindical⁽²⁾, que será tanto más necesario cuanto más débil sea el movimiento sindical, puesto que, como enseña Kahn-Freund⁽³⁾ “en lo que respecta a las relaciones laborales, las normas legales carecen a menudo de eficacia, si no se encuentran además reforzadas por sanciones sociales, es decir, por el poder equilibrador de los sindicatos y demás organizaciones de trabajadores expresado a través de la consulta y negociación con el empresario, y, en

(1) GIUGNI, Gino. *Diritto Sindacale*. Bari: Cacucci, 1996. pp.122-123; y SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales*. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993. p.20, respectivamente.

(2) Como expresión de la unanimidad referida, véase, por todos, la autorizada opinión del Comité de Libertad Sindical (OIT. *Libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 4ta.ed. Ginebra, No.740, 1996. pp.158-159) cuando sostiene que “la existencia de una legislación de normas de fondo que prohiban los actos de discriminación antisindical no es suficiente si las mismas no van acompañadas de procedimientos eficaces para que se cumplan en la práctica. Así, por ejemplo, puede resultar a menudo difícil, si no imposible, que un trabajador aporte la prueba de que una medida de la que ha sido víctima constituye un caso de discriminación antisindical. En este sentido, cobra toda su importancia el artículo 3 del Convenio No.98, que dispone que deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación”. En el mismo sentido, pueden verse numerosos pronunciamientos de este órgano internacional en la obra citada, pp.159-160, párrafos Nos.739, 742, 743, 744, 745 y 746.

(3) KANH-FREUND, Otto. *Trabajo y Derecho*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987. p.55.

último término, si ésta falta, mediante el cese concertado del trabajo”, concluyendo, en el mismo texto, que “las leyes tratan de limitar el poder de mando de los empresarios. Su éxito en este punto depende del grado de organización de los trabajadores”.

Agregando a lo anterior la dirección que debe tomar tal tutela de la libertad sindical, se debe recurrir a la visión moderna de lo que significa el reconocimiento constitucional de un derecho fundamental, en tanto interés jurídico que amerita la máxima valoración positiva posible, bajo la cual se ha de darle la mayor cobertura para su pleno desarrollo. En este marco, y como ya se indicara anteriormente, la consagración constitucional de la libertad sindical implica la instauración de **garantías negativas y positivas**: en el primer caso, se trata de una tutela frente al Estado, dirigida a remover todos los obstáculos que puedan impedir o enervar su ejercicio, limitando la actuación estatal en el terreno de la imposición de restricciones. En el segundo caso, estamos ante un conjunto de garantías frente al empleador, principalmente, que conllevan el establecimiento estatal de reglas, procedimientos, medios de reparación, sanciones y facilidades para su ejercicio dirigidas a asegurar la efectividad del derecho y promover su desarrollo. La lógica de ello reposa en que los derechos fundamentales, como resalta Perez Luño⁽⁴⁾, “han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir en un conjunto de valores a fines directrices de la acción positiva de los poderes públicos”, anticipando de este modo “el horizonte emancipatorio a alcanzar⁽⁵⁾” y llevando a que el Estado juegue un activo rol promotor de estos derechos, como ya lo anticipara Bobbio⁽⁶⁾.

Pero ello va más allá en el terreno de la libertad

sindical, puesto que aquí la actuación del Estado dirigida a tutelar y promover la libertad sindical es, como señala Ermida⁽⁷⁾ una premisa para la existencia de la libertad sindical a la vez que la forma concreta en que se manifiesta la libertad sindical. Lo que, dicho en los términos del autor antes citado⁽⁸⁾, significa que “el buen funcionamiento de las medidas de protección de la actividad sindical, determina la vigencia efectiva de la libertad sindical y especialmente el eficaz desarrollo de la actividad sindical. El sistema de protección de la libertad sindical en su conjunto, no es otra cosa, en definitiva, que la ‘reducción’ o concreción de la noción abstracta de libertad sindical al medio concreto y real en que ésta se debe ejercer: el fuero sindical, las facultades o prerrogativas sindicales y la proscripción de las prácticas desleales, de los actos de injerencia y de cualquier acto antisindical, forman parte de ella: pero al mismo tiempo son requisitos de eficacia de ella, en este sentido, la garantizan, la hacen posible en el mundo real, la ‘concretan’, la ‘efectivizan’⁽⁹⁾”.

Todo ello se ve reforzado en nuestro ordenamiento jurídico, donde el propio texto constitucional expresamente (artículo 28) le impone al Estado (a todos los poderes que lo integran) la obligación de garantizar la libertad sindical, siendo, por tanto, una norma en la que existe un mandato y un límite al mismo tiempo, puesto que le ordena actuar y al mismo tiempo le traza el sentido de su actuación: poner a disposición de los titulares del derecho el instrumental necesario para que la libertad sindical pueda desarrollarse efectivamente y cumplir los altísimos fines que justifican su existencia. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 3 del Convenio 98 de la OIT.

Finalmente, la necesidad de proteger la libertad sindical tiene un anclaje muy importante en la realidad, en la medida en que el Perú es el país que tiene el nada envidiable récord de ser el país con más quejas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT⁽¹⁰⁾.

(4) PEREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1995. p.21.

(5) Ibid.

(6) BOBBIO, Norberto. *Sulla funzione promozionale del diritto*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. p.1323.

(7) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La protección contra los actos antisindicales*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1987. p.21.

(8) Ibid.; pp.23-24.

(9) Por ello, Sanguinetti señala que la regulación de la tutela de la libertad sindical viene a cumplir la función de norma de cierre, dirigida a asegurar la vigencia de este derecho fundamental. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op.cit.; p.19.

(10) Como puede verse en RUEDA-CATRY, Marleen y otros. *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva: fortalecimiento de las organizaciones sindicales de los países andinos*. En: Documento de trabajo 88, OIT, Ginebra, 1998.

2 Los ámbitos de la protección de la libertad sindical.

2.1 La actividad sindical (individual y colectiva) como eje de la protección y promoción.

Siendo la libertad sindical el bien jurídico objeto de las medidas de protección, y siendo ésta un derecho fundamentalmente de actividad, hay que comenzar señalando que si bien su tutela se aplica tanto a las facultades de organización (elemento estático del derecho) como a las de actividad (elemento dinámico del derecho), el eje central de aquellas medidas gira fundamentalmente alrededor de estas últimas facultades. Y ello no puede ser de otra manera porque el elenco mayoritario de lesiones de la libertad sindical se produce cuando se exteriorizan los actos o conductas dirigidos a materializar el derecho⁽¹¹⁾. De este modo, tenemos que concordar con Ermida⁽¹²⁾ cuando sostiene que “consecuentemente, la libertad sindical incluye **medidas de protección y estímulo de individuos y colectividades actuantes**, destinadas a permitir u promover el pleno y eficaz desarrollo de esa **actividad sindical** que estuvo en su origen y que es su centro conceptual y finalístico”.

Ahora bien, precisar el contenido de esa actividad es una tarea difícil y hasta inconveniente, puesto que se trata de un concepto jurídico indeterminado que tiene un gran componente histórico y evolutivo que impide encasillarlo o encorsetarlo al margen de la cambiante realidad que lo alimenta. Sin embargo, intentaremos definirla teniendo en cuenta ese riesgo y tratando de salvarlo. Para ello, debemos establecer una precisión inicial: en función de que la actividad sindical puede materializarse aun sin la

existencia del sujeto sindical (los actos dirigidos a constituirlo, por ejemplo), se puede afirmar con Castiñeira⁽¹³⁾ que la naturaleza “sindical” de la actividad no se deriva del sujeto que la realiza sino de su objeto y contenido (defensa y promoción de los intereses de los trabajadores). De esta manera, la definición hay que remitirla a la individualización de los actos dirigidos a materializar ese objeto o contenido, es decir, de todos los comportamientos que tienen como objeto o finalidad la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. En este sentido, se pronuncia Rodríguez-Piñero⁽¹⁴⁾ cuando define la actividad sindical como la “autotutela de los intereses del trabajo” o Giugni⁽¹⁵⁾ como que “está referida a todos los comportamientos dirigidos a volver efectiva la coalición”.

Además de ello, hay que traer a colación el hecho de que la libertad sindical es un derecho complejo que tiene expresiones individuales y colectivas, por lo tanto, la protección debe dirigirse a ambos planos. Bien es cierto, que se trata de un derecho predominantemente colectivo, por lo tanto sus principales expresiones estarán vinculadas a la actuación de los sujetos colectivos; sin embargo, no se debe dejar de lado a la hora de plantear los mecanismos de tutela las distintas facetas individuales del derecho, cuyas violaciones pueden presentarse no sólo de manera exclusiva sino al mismo tiempo que las vulneraciones colectivas. Esta situación, que la doctrina italiana califica como la *plurioffensività* de las conductas antisindicales⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾, se suele graficar con el despido de un dirigente sindical, acto con el cual no sólo se está violando los derechos individuales del trabajador que ha perdido su empleo sino también los derechos colectivos del sindicato que ha perdido a uno de sus dirigentes. Lo mismo puede verse incluso

(11) En este sentido son gráficas las expresiones de Lovatón cuando sostiene que los trabajadores “actúan” para “organizarse”, aunque sea mínimamente, y “se organizan” para “actuar” en defensa de sus intereses. LOVATON PALACIOS, David. *Protección de la libertad sindical en el Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1991. p.27.

(12) ERMIDA URIARTE, Oscar. Op.cit.; p.23.

(13) CASTIÑEIRA, Jaime. *La tutela de la libertad sindical*. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*. Madrid: Tecnos, 1996. p.347.

(14) RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. *Lo sindical y las nuevas estructuras sindicales*. En: AA.VV. *Las relaciones colectivas de trabajo*. Murcia: Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. 1978. p.47.

(15) GIUGNI, Gino. Op.cit.; p.69.

(16) Ibid.; p.126-127.

(17) Puesto que va contra varios sujetos e incluso contra varios derechos, vulnerando no sólo la libertad sindical sino que con el despido, por ejemplo, se vulneran también los derechos de estabilidad laboral y de no discriminación.

cuando el despido por razones antisindicales no es un dirigente sino un trabajador cualquiera, en la medida en que no sólo se está causando una lesión al trabajador directamente involucrado, sino que también se afecta a los demás trabajadores frente a los cuales la medida tiene un valor ejemplarizante y al sindicato, al cual se le priva de un componente. Por ello, es común que los instrumentos de tutela de la libertad sindical permitan que en tales casos no sólo pueda actuar el trabajador individualmente considerado sino también el sindicato, aunque sea como coadyuvante.

2.2 Ambito subjetivo de la protección: el fuero sindical.

En este terreno, los sujetos protegidos son fundamentalmente los trabajadores, aunque en algunos escasos países (EE.UU., Argentina, Colombia y Chile) también pueden serlo los empleadores, en lo que respecta a eventuales actos injerencia provenientes de los trabajadores y sus organizaciones. Habida cuenta de la poca entidad de las violaciones últimamente anotadas, así como de la inexistencia de regulaciones en este sentido en nuestro sistema de relaciones laborales nos ocuparemos a continuación exclusivamente de los trabajadores como sujetos pasivos de las conductas antisindicales.

Sobre el particular, la protección de los trabajadores comenzó por los dirigentes y promotores sindicales puesto que eran los sujetos más expuestos y, por ello mismo, afectados por las acciones antisindicales. Nace así en América Latina el instituto del **Fuero Sindical** como una institución que buscó proteger al dirigente sindical de la sanción más grave: el despido, que poco a poco se ha ido generalizando hasta convertirse, en opinión de Ermida⁽¹⁸⁾ que compartimos plenamente, en un conjunto de medidas de protección del dirigente y del militante sindical⁽¹⁹⁾, que tienden a ponerlos a cubierto de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y a posibilitar un desarrollo normal y

eficaz de la actividad sindical.

La razón de ser de esta ampliación subjetiva a todos los trabajadores que desarrollen actividades sindicales no admite disenso alguno puesto que estriba en el hecho de que la protección tiene que dirigirse al sujeto titular de la libertad sindical. Si éste es cualquier trabajador y no sólo el dirigente sindical, los alcances de la protección han de dirigirse a todos ellos, con las modulaciones correspondientes al distinto grado de exposición en que se encuentran. Por esto las distintas legislaciones nacionales han ido ampliando su universo protegido y por esto también el Convenio 98 de la OIT establece en su artículo 1.1 que “los **trabajadores** deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” (énfasis nuestro), precisándose, a continuación, en el artículo 1.2 del mismo Convenio que dicha protección “deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un **trabajador** a la condición de que no se afilie a un sindicato o la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un **trabajador** o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo” (énfasis nuestro).

También hay que incluir en el ámbito subjetivo de la protección a las organizaciones sindicales que deberán gozar de una tutela suficiente contra las **prácticas desleales**, que, establecidas inicialmente en la *Wagner Act* norteamericana de 1935, también han alcanzado ámbito universal al establecerse en el artículo 2 del Convenio 98 la necesidad de una protección suficiente para estas organizaciones con la finalidad de evitar cualquier acto de injerencia por parte de los empresarios o sus organización, dirigidos, principalmente a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por la contraparte empresarial, ya sea directamente o a través

(18)ERMIDA URIARTE, Oscar. Op.cit.; p.9.

(19)No necesariamente afiliado, ya que lo que se protege es la actividad sindical, y esta puede ser desarrollada incluso ante la ausencia de organización sindical.

de su sostenimiento económico⁽²⁰⁾.

2.3 Ambito objetivo de la protección, irrelevancia de la culpa y agente infractor.

Partiendo de que la transgresiones de la libertad sindical son de una diversidad tal que pueden considerarse como un fenómeno “estructuralmente atípico”⁽²¹⁾ o “multiforme”⁽²²⁾⁽²³⁾, comenzamos haciendo notar que tanto la definición de fuero sindical, cuanto el contenido de los artículos 1 y 2 del Convenio 98 de la OIT acabados de mencionar, traen directas consideraciones sobre el ámbito objetivo de la protección, que también ha sufrido una evolución histórica que ha ido ampliando su extensión desde la inicial protección exclusivamente contra el despido. Así, se puede señalar que actualmente la tutela de la libertad sindical se materializa frente a **cualquier transgresión de la libertad sindical**⁽²⁴⁾, entendiéndose por ella, toda práctica, conducta, actividad, injerencia o incluso omisión dirigida a impedir, restringir, sancionar o enervar el ejercicio de la libertad sindical. En este último campo, se incluye también a todas las actitudes dirigidas a negar injustificadamente las facilidades o prerrogativas necesarias para el normal desarrollo de la acción colectiva⁽²⁵⁾. Se trata pues de una definición omnicompreensiva de todas las acciones u omisiones que afecten negativamente la libertad

sindical y que suele acompañarse en las legislaciones más modernas con una relación abierta de las transgresiones más comunes, como sucede con el *Statuto dei Lavoratori* italiano o la Ley Orgánica de Libertad Sindical de España.

Teniendo como norte los cabales términos del Convenio 98 se puede decir con firmeza que esta protección debe dirigirse a evitar o reparar todo acto (u omisión) tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo, y especialmente los actos (u omisiones) que tengan como finalidad condicionar el empleo a la no incorporación o no permanencia de un trabajador en un sindicato, o despedirlo o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa del ejercicio de su libertad sindical, o negarle las facilidades necesarias para la materialización de este derecho⁽²⁶⁾. En consecuencia, según el Comité de Libertad Sindical⁽²⁷⁾, “la protección contra los actos de discriminación antisindical debe abarcar no sólo la contratación y el despido, sino también cualquier medida discriminatoria que se adopte durante el empleo y, en particular, las medidas que comporten traslados, postergación u otros actos perjudiciales”.

De otro lado, hay que destacar que nos movemos en un terreno en el que lo que importa es proteger a la libertad sindical, con lo que no interesa si la intención del agresor fue afectarla o no, bastando con que los efectos de la acción hayan vulnerado la

(20) Sobre el particular, hay que señalar que, siguiendo también lo prescrito en el artículo del Convenio 98, no todo sostenimiento económico del empleador puede considerarse como un acto de injerencia prohibido, puesto que ello sólo se establece cuando el sostenimiento económico aludido tiene por finalidad colocar a las organizaciones de trabajadores bajo el control de un empleador o una organización de empleadores. Con lo que no se pueden proscribir con carácter general cualquier apoyo económico de los empresarios, que muchas veces cuesta lo propio en la negociación colectiva, sino que habrá que estar a cada caso concreto para ver si existe o no la finalidad de control que es la que los deslegitimaría.

(21) TREU, Tiziano. *Condotta antisindacale e atti discriminatori*. Milán: Franco Angelli, 1974, p.254.

(22) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Op.cit.*; p.78

(23) Este autor reseña las causas de tal “multiformidad” a partir de la interrelación de dos factores, inherentes a la naturaleza conflictiva y dinámica de las situaciones y relaciones que subyacen: de un lado, la complejidad del derecho protegido, que lo convierte en un bien sumamente vulnerable, susceptible de verse afectado en una multitud de aspectos y manifestaciones (cuyo contenido no es del todo determinable apriorísticamente); y, del otro, la existencia de una pluralidad de sujetos dotados de la capacidad de interferir su libre ejercicio desde múltiples direcciones, algunos de ellos dotados de una especial posición de poder en relación a los titulares de la libertad sindical, que les permite incidir sobre la esfera de derechos e intereses de éstos mediante actuaciones de los más diversos contenidos. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Op.cit.*; pp.103-104.

(24) En derecho comparado, las fórmulas utilizadas para definir este ámbito son también muy amplias, como puede verse en el artículo 8 de la *Wagner Act* norteamericana, que se refiere a toda interferencia, restricción o coerción sobre los trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos sindicales garantizados en el artículo 7 de esta norma; en la Ley Orgánica de Libertad Sindical de España, que hace referencia a la lesión de los derechos de libertad sindical (artículo 13); y en el *Statuto dei Lavoratori* italiano, que habla de comportamientos dirigidos a impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical así como el derecho de huelga (artículo 28).

(25) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op.cit.*; p.41.

(26) En lo que hace a las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical, que forman parte del ámbito objetivo de la protección, remitimos a lo señalado en el punto 4.1.1.c) de este trabajo.

(27) OIT. *Op.cit.*; No.695. pp.151-152.

libertad sindical, con lo que se habla de una irrelevancia de la culpa del agente que lleva a que, como sostiene Garofalo⁽²⁸⁾, el examen del juez no deba detenerse en una difícil indagación sobre los motivos que han inducido a realizar el comportamiento, sino que deba limitarse a verificar la existencia del comportamiento mismo y a evaluar su idoneidad para lesionar los bienes protegidos. En tal sentido, hay que coincidir con las claras palabras de Rodríguez Escanciano⁽²⁹⁾ cuando sostiene que el comportamiento antisindical desarrollado por el empresario no va a quedar supeditado a la concurrencia de dolo o culpa en el sujeto activo, de suerte que, tal y como ha señalado constantemente la doctrina, la antisindicalidad no es, a diferencia del ilícito penal o civil, un juicio que quepa atribuir sólo cuando se encuentren presentes circunstancias de culpabilidad en el agente, sino que, por el contrario, y en general, la intencionalidad real del mismo en relación con la lesión de los derechos sindicales deviene irrelevante desde la perspectiva jurídico-laboral, para resultar suficiente, a efectos de la oportuna represión, la aptitud de la conducta concreta para lesionar los derechos sindicales. Basta, por tanto, con una mera conexión entre la conducta presuntamente lesiva del derecho fundamental y el resultado negativo producido, haciendo, por lo demás, abstracción de los móviles, legítimos o ilegítimos, concurrentes en el sujeto activo, que serían, por lo demás, muy difíciles de controlar.

Se trata, pues, de un “ilícito objetivo”, en palabras de Treu⁽³⁰⁾, para el que la culpa del infractor resulta irrelevante, puesto que el fin principal de la protección no es ni la sanción personal (derecho penal) ni la obligación de resarcimiento (responsabilidad

civil), como resalta Sanguinetti⁽³¹⁾, sino que lo que se persigue es restituir al afectado a la situación anterior a la violación. Ello, evidentemente, tendrá una implicancia directa en el terreno probatorio, puesto que el titular de la libertad sindical no deberá probar sino la lesión de su derecho, evitándole la muchas veces imposible carga de demostrar la animosidad antisindical de la conducta cuestionada, garantizando así una mayor efectividad a los mecanismos de tutela⁽³²⁾.

Tampoco tiene trascendencia la naturaleza del agente infractor, que bien puede ser el sujeto activo típico de estas conductas, el empresario o las organizaciones empresariales, como también pueden serlo el Estado, una organización sindical o cualquier persona, pública o privada, física o jurídica, individual o colectiva⁽³³⁾. Todo ello, en función de que la libertad sindical es un derecho complejo cuyas expresiones generan un contacto más o menos permanente con diversos sujetos, por lo que pueden ser objeto de agresiones originadas potencialmente en todos ellos, frente a las que tiene que ser igualmente defendida. Sin duda, que, según la naturaleza del sujeto infractor las agresiones tendrán una configuración distinta, como puede verse cuando se piensa en una actuación estatal restrictiva en el terreno normativo, o una empresarial que perjudica a un trabajador en sus condiciones de trabajo por causa de su militancia sindical o en una sindical que expulsa a un afiliado por pertenecer a una corriente distinta de la que tiene la dirección de la organización. Por lo que la tutela diseñada no sólo tiene que abarcar a todos los potenciales sujetos agresores sino que ha de tener la versatilidad suficiente para lograr su cometido ante la actuación lesiva de cada uno de ellos.

(28) GAROFALO, Mario. *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*. Nápoles: Jovene, 1979. p.69.

(29) RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana. *La informática y su potencialidad lesiva frente al derecho de libertad sindical*. En: *Actualidad Informática Aranzadi*. No.30, 1999. p.12.

(30) TREU, Tiziano. Op.cit.; p.127.

(31) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op.cit.; p.167.

(32) Al respecto, RODRÍGUEZ ESCANCIANO sostiene que “con ello se va a facilitar la prueba de los hechos enjuiciados por parte de los sujetos eventualmente lesionados, en cuanto les bastará con demostrar la efectiva lesión o -mejor- la idoneidad lesiva de aquella conducta empresarial sin que les sea exigible la demostración de la voluntad o intención real del autor de producir la lesión mencionada (...). A tenor de la doctrina constitucional, la dificultad probatoria de la motivación antisindical queda obviada trasladando al empresario la carga de probar la existencia de un motivo razonable que permita justificar de manera suficiente su proceder, pues no en vano en aras a garantizar al tutela de la libertad sindical resulta más fácil que sea el propio empresario quien pruebe que ha obrado correctamente y, por tanto, demuestre la inexistencia de la imputada lesión, antes de obligar a quienes demandan a demostrar la concurrencia de una intencionalidad antisindical en la actuación impugnada”. RODRÍGUEZ ESCANCIANO Susana. Op.cit.; p.12.

(33) DEL REY GUANTER, Salvador. *La conducta antisindical: principios generales a la luz de la Ley Orgánica de Libertad Sindical*. En: *Relaciones Laborales*. Tomo I, 1987. p.261.

2.4 **Ámbito temporal de la protección.**

Sin lugar a dudas, la protección de que venimos hablando se predica respecto de todos los trabajadores que realicen actividad sindical: mientras lo sean y la realicen. Sin embargo, es usual que se establezcan distintos grados de protección según el nivel de involucramiento sindical del trabajador, debido a la menor o mayor exposición a las conductas antisindicales que ello conlleva.

Se hace indispensable un procedimiento rápido, económico y totalmente imparcial (...) en el que se autorice la participación de los sindicatos al menos como coadyuvantes, se establezca la inversión de la carga de la prueba(...)

En estos casos, es común que esa protección diferenciada venga acompañada de parámetros temporales en los que se protege con especial énfasis a los promotores y representantes sindicales, en tanto están impulsando la creación del sindicato o presentando su candidatura para los cargos representativos, durante su mandato y una vez concluido éste, por un período predeterminado, ya que estamos ante muestras evidentes de actividades y compromisos sindicales que difícilmente serán “tolerados” por empleadores refractarios a los sindicatos⁽³⁴⁾.

Se trata, pues, de una protección especial previa, durante y posterior a la asunción de responsabilidades sindicales que resulta imprescindible para la eficacia de la libertad sindical y que ha obtenido ya consagración internacional, puesto que viene prevista expresamente en los párrafos 7.1 y 7.2 de la Recomendación 143 de la OIT. A nivel latinoamericano, la protección de los candidatos ha alcanzado rango constitucional en Brasil y se encuentra

recogida, además, en Argentina, Costa Rica, Panamá, Paraguay y el Salvador. Un caso peculiar es el de Venezuela, que ha sido calificado por Bronstein⁽³⁵⁾ como el país que goza de la protección mas amplia en este terreno, puesto que su normativa⁽³⁶⁾ establece que en caso de celebrarse elecciones sindicales, todos los trabajadores de la empresa “gozarán de inamovilidad desde el momento de la convocatoria hasta el de la elección”; agregando que “el lapso respectivo no podrá exceder de dos (2) meses durante el período de dos (2) años”.

De otro lado, la tutela se extiende más allá del mandato representativo en Argentina, Brasil, Ecuador, Guatemala, Panamá y El Salvador (un año); República Dominicana (ocho meses); Colombia, Costa Rica Chile, Honduras y Paraguay (seis meses); Bolivia y Venezuela (tres meses).

3 La protección de la libertad sindical en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: El fuero sindical restringido y simbólico. Las vías de subsanación.

A la dación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el ordenamiento infraconstitucional peruano no había regulado específicamente el tema de la protección de la libertad sindical ni creado los mecanismos idóneos para llevar adelante tal misión; sin embargo, si se había producido un conjunto de normas⁽³⁷⁾ que parcial y asistemáticamente protegieron a los trabajadores del “hostigamiento reiterado” por razones sindicales (vía orden administrativa de cese del hostigamiento o despido indirecto e indemnización)⁽³⁸⁾ y establecieron como facilidades para el ejercicio de la libertad sindical.

La LRCT dedica tan sólo cuatro de sus artículos a la tutela de la libertad sindical (4, 30, 31 y 32), frente a los 37 que invierte en reglamentar minuciosamente la existencia y límites en que debe moverse el sujeto colectivo, comenzando a poner en evidencia la óptica

(34) BRONSTEIN, Arturo. *Protección de la libertad sindical*. En: AA.VV. *El Derecho Sindical en América Latina*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1995, p.102.

(35) *Ibid.*; p.103.

(36) Artículo 452 de la Ley Orgánica del Trabajo.

(37) Que se dieron “curiosamente”, en su gran mayoría, en los últimos meses del gobierno de Alan García.

(38) Artículo 25.g de la Ley de Estabilidad Laboral No.24514.

invertida que tiene el legislador peruano respecto de sus obligaciones normativas (y de las regulaciones comparadas), que de promotoras y tutelares por mandato del texto constitucional terminan siempre en asfixiantes para el surgimiento y actuación del sujeto colectivo y en líricas para la defensa del afilado o activista sindical. Pudiendo compartirse, en este tema, la opinión de Sanguinetti⁽³⁹⁾, cuando enjuicia globalmente la LRCT sosteniendo que el legislador interviene donde no debería hacerlo (constitución del sindicato, derecho de afiliación, dinámica organizativa) y no interviene donde debería hacerlo (procedimientos de tutela del derecho, facilidades para el desarrollo de actividades sindicales).

3.1 La tutela de la libertad sindical.

Respecto de la tutela de la libertad sindical, el artículo 4 establece el **marco general de protección** con gran amplitud, al disponer que “el Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coartar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicación de los trabajadores, y de intervenir de modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen”.

Sin embargo, los artículos 30, 31 y 32 LRCT, encargados de materializar la norma general antes anotada, la restringen considerablemente. Específicamente, el artículo 30 LRCT establece el **fuego sindical, que garantiza a algunos representantes de los trabajadores el derecho a no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin causa justa debidamente comprobada o sin su aceptación**. Esta aceptación no resulta exigible si el traslado no impide el ejercicio de la función directiva. Debe agregarse que el despido que tenga por motivo “la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales” es nulo, según el artículo 29.a del Decreto Supremo No.003-97-TR, por lo que una

vez probadas tales razones el juez ordenará la reposición del trabajador en su puesto de trabajo sin que quepa sustituir tal obligación por la indemnización legal⁽⁴⁰⁾.

En lo que hace al **ámbito subjetivo del fuero sindical**, los representantes amparados, según el artículo 31 LRCT (y los artículos 12 y 13 del Decreto Supremo No.011-92-TR) son: a) la totalidad los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres meses después; b) en sindicatos de primer grado, hasta 3 dirigentes (estatutariamente determinados), si el número de trabajadores a quienes representa no alcanza a 50, adicionándose uno por cada 50 trabajadores que sobrepasen dicho límite, sin exceder en ningún caso de 12; c) en federaciones, hasta 2 dirigentes sindicales por cada sindicato afiliado y hasta un máximo de 15; d) en confederaciones, hasta 2 dirigentes por cada federación afiliada y hasta un máximo de 20; y, e) a los integrantes de la comisión negociadora de un convenio colectivo (hasta 3 meses después de culminada la negociación respectiva).

De otra parte, el reglamento de la LRCT, excediéndose en su cometido, ha añadido a las precisiones autorizadas por la ley que en el caso de los sindicatos supraempresariales (de rama, gremio u oficios varios) y de las federaciones y confederaciones, los dirigentes amparados por el fuero sindical no podrán ser más de 1 por empresa, según el artículo 13 Decreto Supremo No.011-92-TR. Lo que significa que, al menos en la gran mayoría de estas organizaciones (las federaciones compuestas por sindicatos de empresa) para llegar al número máximo de representantes cubiertos por la institución tutelar, la federación debe afiliarse al menos a 15 sindicatos, ya que sólo cabe un dirigente con fuero sindical por cada afiliado.

En lo que hace a la extensión del **ámbito temporal de la protección**, además de lo que acabamos de mencionar respecto de los miembros de un sindicato en formación (desde la presentación de la

(39) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley 25593)*. En: AA.VV. *¿Quo Vadis Jus? Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ricardo La Hoz Tirado*. Lima: UNMSM, p.295.

(40) Una rigurosa presentación del tema de la nulidad del despido antisindical en nuestro país puede verse en ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

solicitud de registro hasta 3 meses después) y de los integrantes de la comisión negociadora (hasta 3 meses de culminada la negociación respectiva), sólo está prevista una regulación específica, y exigua si la comparamos con los países de nuestro entorno⁽⁴¹⁾, para el caso del despido nulo por razones antisindicales, en los siguientes términos: a) tratándose de candidatos a representantes de los trabajadores debidamente inscritos, desde los treinta días anteriores a la realización del proceso electoral, hasta treinta días después de concluido éste; y b) tratándose de representantes de los trabajadores, hasta noventa días después de haber cesado en el cargo. Agregándose que “en ambos casos, la protección alcanza sólo a quienes postulan, han sido elegidos o han cesado en cargos que gozan del fuero sindical” (artículo 46 del Decreto Supremo No.01-96-TR). Estamos ante una regulación (no prevista en la LRCT, en los dos últimos casos) que resulta criticable por la estrechez de los plazos y la confusión que genera, puesto que, como se encarga de resaltar Arce⁽⁴²⁾, es evidente que no cumplirán con su finalidad disuasoria, ya que resulta más o menos fácil suponer que la motivación ilegítima se materializará antes o después de los treinta días, o tres meses, según sea el caso.

Como se puede ver con claridad, la regulación reseñada consagra un **fuero sindical doblemente restringido**, puesto que en lo **subjetivo** está referido sólo los dirigentes sindicales, y ni siquiera a todos ellos sino a un número reducido, y en lo **objetivo** sólo se protege respecto de dos actos antisindicales: los despidos y traslados sin causa justa debidamente comprobada o sin aceptación; siendo por ello claro que el agente infractor previsto por el legislador es sólo el empleador. Bien es cierto que tanto los sujetos protegidos son los más expuestos y que las conductas proscritas son las más graves, pero también hay que concordar en que la acotación del ámbito de la protección exclusivamente a éstos y éstas muestra la enorme insuficiencia de la regulación legal, más aún

cuando se sabe que las dos conductas cuestionadas no son los actos antisindicales más frecuentes, puesto que ellos se dan mayoritariamente por el lado de los aumentos discriminatorios a los no sindicados y desafiados, la no promoción de los activistas sindicales, las sanciones disciplinarias injustificadas o abusivas, etc.

Pero, como ya se ha dicho, la protección de la libertad sindical no puede quedarse en la mera formulación de normas sustantivas que determinan los ámbitos subjetivos y objetivos de actuación de aquélla, sino, y sobre todo, tiene que expresarse a través de la implementación de reglas procesales dirigidas a materializarla. Y ello resulta inexistente tanto en nuestra regulación legal, de allí que hayamos decidido calificar al fuero sindical previsto por la LRCT y su reglamento como **restringido y simbólico**, en tanto se ocupa de sólo de ciertos trabajadores y de dos conductas antisindicales y el alcance de ellos es inclusive más lírico que real al no venir apuntalados por un procedimiento judicial que permita una actuación pronta y eficaz contra las vulneraciones de este derecho. Y ello, incluso, en el caso de la mencionada nulidad del despido antisindical en el que ambos calificativos tienen también la misma vigencia.

Sin lugar a dudas, que la utilización del Convenio 98 y la referencia general prevista en el artículo 4 LRCT para ampliar las restricciones subjetivas y objetivas del fuero sindical en el Perú y llevarlo a su complejidad real es plenamente de recibo; sin embargo, tenemos que concordar plenamente con Sanguinetti⁽⁴³⁾ en que queda pendiente todavía esa “norma de cierre”, destinada, a asegurar la vigencia del conjunto de sus disposiciones, que ofrezca, como sucede en otros ordenamientos, una protección amplia y eficaz a favor de cualquier trabajador o sindicato, frente a toda práctica que se capaz de conculcar la libertad sindical “conducta antisindical”), sin importar la forma que ésta revista (disposiciones, acuerdos, actos

(41) Al respecto, Ferro tras un somero análisis de las legislaciones española, brasileña y argentina, concluye que “la protección en el derecho comparado tiende a ser significativamente más amplia”. FERRO DELGADO, Victor. *El despido arbitrario y el despido nulo*. En: *Themis*. No.34. 1996. pp.52-53.

(42) ARCE ORTIZ, Elmer. Op.cit.; p.198.

(43) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El derecho de actividad sindical y su protección constitucional en el ordenamiento jurídico laboral español*. En: *Derecho y Sociedad*. No.10, p.393.

unilaterales, comportamientos puramente materiales, omisiones, etc.) o el sujeto que la lleve a cabo (el empleador, asociaciones empresariales, los Poderes Públicos o incluso los propios sindicatos).

Por todo ello, es imprescindible que se subsane este vacío estableciendo un conjunto de mecanismos preventivos, reparatorios, sancionatorios y procesales dirigidos a defender la libertad sindical en todas sus facetas⁽⁴⁴⁾ y que, por tanto, cobije a la totalidad de sujetos desarrollan actividad sindical (universalidad subjetiva), se aplique a todas las multiformes prácticas antisindicales (universalidad objetiva) y a todos los infractores (universalidad del sujeto infractor)⁽⁴⁵⁾.

En el caso de los mecanismos preventivos, dirigidos a evitar que se lleguen a producir las conductas antisindicales y que, por tanto, brindan una tutela especialmente idónea al impedir la afectación manteniendo incólume la libertad sindical, hay que destacar la necesidad de una tutela al momento de la contratación y durante la existencia de la relación laboral. En el primer caso, el control de la contratación de la fuerza de trabajo debe dirigirse a impedir la exclusión de los militantes sindicales, en tanto, que, en el segundo caso, se debe destacar la importancia de la existencia de procedimientos previos a cualquier decisión que afecte la libertad sindical durante la relación laboral (desde el despido o traslado individual de un dirigente, hasta los casos de autorizaciones administrativas para ceses colectivos o suspensiones). Respecto de los mecanismos reparatorios, cuya

necesidad se hace patente una vez que se ha producido la práctica antisindical, hay que resaltar tanto la necesidad de que existan medidas cautelares (suspensiones, sobre todo) que de la forma más rápida posible restañen la violación, devolviendo las cosas al estado anterior a ésta, cuanto la sanción de nulidad de todo acto antisindical y no sólo del despido que tiene tal consideración, en la medida en que las reparaciones imperfectas (indemnización de daños y perjuicios) resultan totalmente insuficientes para la protección de la libertad sindical.

En lo que hace a la implantación complementaria de mecanismos sancionatorios, que son los que tienen como finalidad castigar al agente de la afectación de la libertad sindical, habría que buscar la implantación tanto de sanciones de carácter económico, cuanto de carácter penal⁽⁴⁶⁾, según la gravedad y reiteración de la infracción y, para el caso de las sanciones penales, cuando los demás medios de control social resulten ineficaces o insuficientes, como sostiene Terradillos⁽⁴⁷⁾. Finalmente, en lo que hace a los mecanismos procesales, y siguiendo de nuevo al Comité de Libertad Sindical⁽⁴⁸⁾, resulta indispensable dotar al agredido en su libertad sindical de un haz de instrumentos procesales que le permitan superar la tremenda dificultad, y en muchos casos, imposibilidad, de aportar la prueba de que la medida de que ha sido víctima constituye un caso de discriminación antisindical.

En tal sentido, se hace indispensable un

(44) En tal sentido, ha sostenido el Comité de Libertad Sindical (OIT. Op.cit.; No.743. p.160) que “es necesario que se prevean en la legislación, de manera expresa, **recursos y sanciones** suficientemente **disuasivos** contra los actos de discriminación antisindical, a fin de garantizar la eficacia práctica de los artículos 1 y 2 del Convenio núm.98”. Agregando en el párrafo 746 de la misma página que “el Comité ha señalado la necesidad de garantizar, mediante disposiciones específicas y **sanciones penales y civiles**, la protección de los trabajadores contra actos de discriminación antisindical por parte de los empleadores”.

(45) Sobre el particular, Lovatón presenta una precisa síntesis del modelo de protección de la OIT, señalando que tiene las siguientes características: a) su ámbito objetivo de protección es amplio, pues considera como transgresión de la libertad sindical “todo acto” de discriminación y de injerencia; b) su ámbito subjetivo es igualmente amplio, ya que considera como sujeto protegido tanto al trabajador, individualmente considerado, como a la organización de trabajadores; y respecto del primero protege a “todo trabajador”, aunque estableciendo una especial protección en el caso de los dirigentes sindicales; c) protege la libertad sindical contra actos violatorios provenientes del Estado, de los empleadores y de cualquier otra persona, incluyendo a las organizaciones sindicales; d) establece una “adecuada protección” a través de mecanismos específicos como la reincorporación efectiva y la inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador; y, e) promueve el ejercicio libre y eficaz de la libertad sindical reconociendo facilidades y prerrogativas tales como la licencia sindical y las cuotas sindicales. LOVATON PALACIOS, David. Op.cit.; p.58.

(46) Así, el Comité de Libertad Sindical (OIT. Op.cit.; No.747. p.161) sostiene que “un sistema de protección contra actos de discriminación antisindical que incluye multas severas en caso de despidos antisindicales, intimación administrativa al reingreso y posibilidad de clausura de la empresa no es contrario al Convenio núm. 98”.

(47) TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga*. En: VVAA., *Comentarios a la legislación penal*. Tomo 5, volumen II, Madrid: Edersa, 1983. p.663.

(48) OIT. Op.cit.; No.710 y 740. pp.159-160.

procedimiento rápido, económico y totalmente imparcial, para decirlo en los términos del Comité de Libertad Sindical⁽⁴⁹⁾, en el que se autorice la participación de los sindicatos al menos como coadyuvantes, se establezca la inversión de la carga de la prueba⁽⁵⁰⁾, exigiendo que el trabajador sólo presente la existencia de indicios de la antisindicalidad de la conducta cuestionada para evitar la *probatio diabolica* que significaría dejar en sus hombros toda la carga probatoria⁽⁵¹⁾, se disponga medidas cautelares sobretodo de suspensión de la violación para evitar la irreparabilidad del daño y adecuadas medidas indemnizatorias para cuando no se pueda reponer al trabajador en el goce de su derecho.

Pero no sólo eso. Como el papel de la ley en el terreno de las relaciones colectivas es relativo, resulta imprescindible complementarlo apuntalando la existencia y actuación de los sujetos colectivos con la aprobación de una normativa de signo promocional (garantista y facilitadora de la actividad sindical), puesto que la existencia de sujetos colectivos poderosos y representativos es la mejor garantía contra las amenazas y vulneraciones de la libertad sindical⁽⁵²⁾. De allí que, junto con la exigencia formulada anteriormente, acerca de la necesidad de establecer mecanismos preventivos, reparatorios, sancionatorios y procesales, haya que exigir que se levanten todos los obstáculos impuestos por el legislador, tanto en el terreno organizativo (surgimiento y configuración del sujeto colectivo), cuanto en el del desarrollo de la actividad sindical (negociación colectiva, huelga, facilidades para la actuación sindical, derecho de información, etc.), cambiándose de este modo el signo restrictivo e intervencionista de la legislación por otro de carácter promotor de la libertad sindical.

3.2 Las prerrogativas y facilidades integrantes de la protección de la libertad sindical.

Para que la libertad sindical pueda desenvolverse efectivamente, además de un reconocimiento amplio, se hacen imprescindibles un conjunto de facilidades, vinculadas a la actuación de los militantes y dirigentes sindicales, que englobarán en sí mismas no sólo la libertad sindical individual sino también parte de la colectiva, puesto que las organizaciones sindicales tienen que actuar necesariamente a través de estos sujetos. En tal sentido, puede resultar útil recurrir a los estándares universales sobre el particular, que para su aprobación han tenido en cuenta las más diversas realidades, por lo que vale la pena hacer referencia a lo que la OIT tiene previsto en este terreno.

Así tenemos que respecto a las prerrogativas y facilidades necesarias para el ejercicio de la actividad sindical, la OIT aprobó el Convenio 135 y la Recomendación 143, en los que se establece que los representantes de los trabajadores deberán gozar de facilidades adecuadas para el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, presentando luego un catálogo de éstas en los artículos 10 a 17 de la Recomendación antes mencionada, que por su universalidad vale la pena reseñar: a) licencias y permisos sindicales sin pérdida del salario para funciones representativas y formativas; b) libertad de movimiento; c) comunicación inmediata y directa con los representantes de la empresa; d) recaudación de cuotas sindicales; e) libertad de comunicación verbal y escrita con sus representados; f) facilidades materiales; g) acceso a la información necesaria para el desarrollo de la actividad sindical; y, h) ingreso a la empresa de

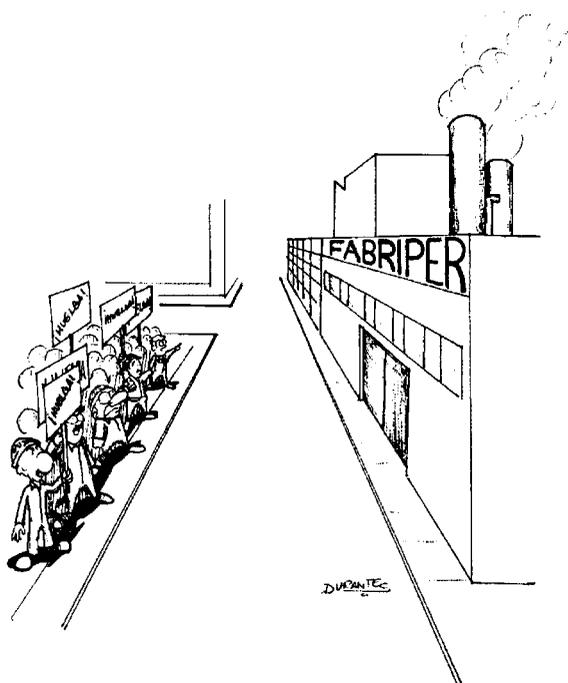
(49) OIT. Op.cit.: No.749-751.

(50) Y no sólo frente al empresario, sino ante cualquier otro sujeto agresor de la libertad sindical, como bien señala LOVATON PALACIOS, David. Op.cit.: p.153.

(51) La Recomendación 143 de la OIT en su artículo 6.2.e) exhorta a "imponer al empleador, cuando se alegue que el despido del representantes de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado". Y de manera concordante, el Comité de Libertad Sindical (OIT. Op.cit.: No.752. p.162) ha sostenido que "además de los mecanismos de protección preventiva contra actos de discriminación antisindical (como por ejemplo la obtención de la autorización previa de la inspección de trabajo antes de proceder al despido de un dirigente sindical), otra forma de garantizar una protección eficaz podría consistir en obligar a los empleadores a aportar la prueba de que su decisión de despedir a un trabajador no está vinculada a las actividades sindicales del mismo".

(52) En esta dirección, coincidimos plenamente con Lovatón cuando afirma que "de hecho, el principal mecanismo preventivo de protección es la existencia de un movimiento sindical poderoso y representativo, que tiene un gran efecto disuasivo y desestimulante de los actos conductas antisindicales empresariales y que muchas veces resulta la única garantía de la libertad sindical frente a posibles agresiones por parte del Estado". LOVATON PALACIOS, David. Op.cit.: p.123.

los dirigentes sindicales que no trabajan en ella pero cuya organización si cuenta con afiliados. Debiendo compartir plenamente la opinión de Ermida⁽⁵³⁾ cuando sostiene que sin estas facilidades la libertad sindical podría considerarse como “letra muerta”, de allí que tengan la naturaleza de actos antisindicales los dirigidos a privar injustificadamente de aquellas facilidades, prerrogativas o garantías complementarias de la actividad sindical previstas en la Recomendación 143 de la OIT.



En nuestro país hasta la aprobación de la LRCT, existieron un importante conjunto de facilidades, entre las que se puede nombrar a la licencia permanente y remunerada para los dirigentes⁽⁵⁴⁾, el pago de los gastos de transporte y estadía de los dirigentes cuando debían trasladarse a Lima para intervenir en los trámites de la

negociación colectiva⁽⁵⁵⁾, la licencia remunerada para los delegados de los trabajadores que integren comisiones oficiales⁽⁵⁶⁾, el cobro por planilla de la cuota sindical fijada en 1% de la remuneración⁽⁵⁷⁾, el descuento de por lo menos 50% de la tarifa de los diarios (de circulación nacional, regional o local) de propiedad total o parcial del Estado para la publicación de avisos o comunicados sindicales⁽⁵⁸⁾ y el descuento de 50% de la tarifa de servicios de transporte y hotelería del Estado⁽⁵⁹⁾. Además de ello, los convenios colectivos habían ampliado de manera significativa las facilidades legales.

La entrada en vigencia de la LRCT significó la desaparición de estas facilidades, puesto que su quinta disposición transitoria y final derogó a todas estas disposiciones legales dejando su establecimiento en manos casi exclusivamente de la negociación colectiva. Así, se dispone en el artículo 32 LRCT y en los artículos 15 a 20 del Decreto Supremo No.011-92-TR que la convención colectiva contendrá las estipulaciones tendentes a facilitar las actividades sindicales, en lo relativo a reuniones, comunicaciones, permisos y licencias, sin que puedan establecerse en ningún caso estas dos últimas facilidades por acto administrativo o por laudo arbitral. A falta de convención colectiva, el empleador sólo está obligado a conceder permiso para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria a los secretarios general, adjunto, de defensa y de organización del sindicato, limitándose a los secretarios general y de defensa cuando la organización sindical tenga entre 20 y 50 afiliados.

Asimismo, se prevé que el tiempo que dentro de la jornada ordinaria de trabajo abarquen los permisos otorgados a los dirigentes sindicales para el cumplimiento de sus funciones sindicales, se entenderá

(53)ERMIDA URIARTE, Oscar. Op.cit.; p.48.

(54)Durante el período de desempeño de sus funciones, con un máximo de 20 dirigentes de cada confederación, 10 de cada federación nacional, 5 de cada federación regional, y los que determine el convenios colectivo o la resolución administrativa sucedánea, en el caso de los sindicatos de empresa, según el Decreto Supremo No.036-90-TR.

(55)Artículo 1 de la Resolución Suprema No.024/DT, de 02-03-1957.

(56)Cuando se trata de comisiones encargadas de estudiar problemas de interés general o nacional y durante los días que asistan a las sesiones, según lo establece el artículo 2 del Decreto Ley No.14881.

(57)De ese porcentaje el 50% era para el sindicato correspondiente, el 25% para la federación a que se encuentre afiliado el sindicato y el 25% restante para la confederación respectiva, según el Decreto Supremo No.039-90-TR.

(58)Según el Decreto Supremo No.081-90-PCM.

(59)Según el Decreto Supremo No.075-90-PCM.

trabajado para todos los efectos legales y contractuales hasta el límite de 30 días por año calendario, por dirigente⁽⁶⁰⁾, considerándose el exceso como licencia sin goce de haber y demás beneficios. El límite de 30 días puede ser ampliado por convención colectiva, y dentro de él no se computará el tiempo en que los dirigentes sindicales asistan a las reuniones que se produzcan durante el trámite de la negociación colectiva.

Estamos ante una regulación insuficiente, restrictiva y confusa que ha reducido el papel estatal en uno de los pocos terrenos en donde esta intervención resulta no sólo importante sino necesaria, montando una operación de “transferencia” de estos temas a la autonomía colectiva, a sabiendas de que la debilidad sindical conducirá a su inexistencia o a su mínima expresión⁽⁶¹⁾, lo que se hará todavía más patente con la eliminación injustificada de la posibilidad de establecimiento de estas facilidades por vía de laudo arbitral o acto administrativo, instrumentos sucedáneos del convenio colectivo. Piénsese sino en el hecho de que si los trabajadores no pueden conseguir introducir estas facilidades en el convenio no gozarían siquiera de derechos tan elementales como el de reunión o de comunicación, imprescindibles en cualquier parte del mundo para la existencia efectiva de la libertad sindical, y más aún en nuestro país en el cual manifestaciones tan importantes de la libertad sindical como la huelga tienen que ser decididas necesariamente por asamblea general de trabajadores, con lo que el aparente carácter inocuo de tal regulación resulta en cuestión.

Cuantitativamente, el elenco legal de facilidades existente en nuestro ordenamiento jurídico es sumamente escaso respecto incluso del mínimo internacional antes reseñado, puesto que se habla tan sólo de 4 de ellas, que, además, luego de la norma reglamentaria se convierten en 3, puesto que el artículo

15 del D.S.011 establece que “los conceptos licencias y permisos son sinónimos”, excediéndose en su cometido y mostrando nuevamente la vertiente restrictiva del legislador como única explicación posible para una equiparación indefendible, ya que como señala Sanguinetti⁽⁶²⁾ los permisos vienen referidos a excepcionales exoneraciones del deber de trabajar, que se otorga para la atención de un asunto concreto y sin perder la remuneración y otros beneficios, en tanto que la licencia se concede con carácter inespecífico, para la atención de la función sindical, y con o sin goce de haber, según lo pactado.

En lo que hace a los permisos y licencias, además del cuestionamiento adelantado respecto de su asimilación conceptual, la redacción resulta confusa, puesto que, habida cuenta que el Reglamento recogió expresamente la posibilidad de un tratamiento mejorativo en sede convencional, parecería que el límite de 30 con todos los derechos está referido exclusivamente a los supuestos de ausencia de regulación colectiva y para permisos derivados de la asistencia a actos de cumplimiento obligatorio. Y ello no tiene un sentido plenamente respaldable, porque si la asistencia a tales actos tiene naturaleza obligatoria no se entiende como se puede establecer un límite temporal y, en consecuencia, como se puede penar privando de salario y otros beneficios al trabajador que supere los 30 días previstos por el legislador por hallarse dentro del supuesto de hecho de esta norma.

4 La protección constitucional e internacional de la libertad sindical: la acción de amparo y el comité de libertad sindical.

Como derecho fundamental consagrado en la Constitución⁽⁶³⁾, la libertad sindical puede defenderse

(60) El artículo 19 del Decreto Supremo No.011-92-TR establece que el permiso sindical será computable en forma anual y que en caso de vacancia o renuncia del dirigente designado, el que lo sustituya continuará haciendo uso del permiso sindical que no hubiere sido agotado.

(61) Ya en otro texto sosteníamos al respecto que la derogación de las normas legales que regulaban las facilidades para el ejercicio de la libertad sindical y su “transferencia” a la negociación colectiva significaba dejar estas facilidades en manos del empleador, habida cuenta de la debilidad del sujeto sindical en nuestro país. VILLAVICENCIO, Alfredo. *Autonomía e intervención en las relaciones colectivas de trabajo en el Perú*. En: AA.VV. *Autonomía e intervención en las relaciones colectivas de trabajo*. Montevideo: Fondo de cultura Universitaria, 1994. p.239.

(62) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los sindicatos y...* Op.cit.; p.289.

(63) El artículo 200.2 de la Constitución habla de derechos “constitucionales”, utilizando un término poco usual en los ordenamientos jurídicos comparados que mayoritaria y justificadamente se refieren a derechos fundamentales.

a través de la acción de amparo consagrada en el artículo 200.2 de la Constitución. Por tanto, el camino de esta garantía constitucional puede transitarse ante cualquier hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que la vulnere o amenace, debiendo recordarse que ella no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular⁽⁶⁴⁾.

Estamos, pues, ante un mecanismo procesal excepcional, preferente y sumario⁽⁶⁵⁾, que opera generalmente después de agotada la vía administrativa previa (de existir ésta) y cuya finalidad es reponer las cosas al estado anterior al de la vulneración o amenaza de violación de la libertad sindical (en el caso que aquí estudiamos). En tal sentido, no dudamos en reconocer el valor que tiene esta demanda de amparo, más aún cuando no existe otra vía judicial al respecto, pero por ello mismo, no podemos avalar la hipótesis de la suficiencia de la tutela de la libertad sindical a partir de ella, en la medida en que se trata de una vía procesal genérica (para cualquier derecho constitucional) que, por lo mismo, no recoge reglas específicas de la libertad sindical que son imprescindibles para que el sistema jurídico cumpla con su obligación de tutelar eficazmente a la libertad sindical, como ya se ha detallado en el punto

anterior. En tal sentido, seguimos reclamando el establecimiento de un proceso de tutela específica de la libertad sindical que partiendo de estar asignado a los jueces laborales, recoja las reglas de participación de los sujetos colectivos, inversión de la carga de la prueba, etc., que reseñamos en el punto anterior.

De otro lado, la libertad sindical ha sido el primer derecho fundamental en contar con específicos mecanismos internacionales para su protección⁽⁶⁶⁾, logrando, además, cierta efectividad en la materia⁽⁶⁷⁾⁽⁶⁸⁾. Y, como no podía ser de otra manera, estos mecanismos han surgido en el seno de la OIT, puesto que para una institución que dirige su actividad al campo laboral y se construye sobre una estructura tripartita, la libertad sindical tiene una importancia superlativa⁽⁶⁹⁾, que lleva a que imponga el respeto de este derecho incluso a los países que no han ratificado los convenios internacionales de trabajo sobre el particular, en la medida en que tal obligación se deriva del respeto a la Constitución de la OIT que se impone a los países que la integran.

Por ello, en el seno de la OIT, al lado de los mecanismos regulares de control, dirigidos a promover y verificar la aplicación de los convenios que adopta la conferencia⁽⁷⁰⁾, incluyendo, por supuesto, los

(64) Respecto de las dos causales en que no procede la acción de amparo, previstas por el texto constitucional, habría que precisar que, en la primera de ellas, el amparo procede contra los actos concretos de aplicación de la norma en cuestión, y que, en el segundo caso, procede contra resoluciones judiciales irregulares, es decir, contra aquellas en las que se han transgredido las garantías del debido proceso.

(65) Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional sostiene gráficamente que la acción de amparo “constituye un mecanismo procesal excepcional, de carácter residual y sumarísimo, sin etapa probatoria, y donde sólo cabe un razonamiento lógico jurídico del operador, respecto de las afectaciones que resulten evidentes, graves y actuales; por ello, los derechos invocados por los accionantes deben estar reconocidos en la Constitución Política de manera inequívoca, expresa y claramente” (Expediente No. 1732-98-A, Sentencia del 26 de marzo de 1999, publicada el 20 de abril del mismo año).

(66) JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. *La libertad sindical*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1980. p.74.

(67) ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *Sindicatos en Libertad Sindical*. Lima: ADEC/ATC, 1991. p.22.

(68) Fuera de la OIT, la libertad sindical como derecho fundamental reconocido en todos los instrumentos internacionales puede ser defendida utilizando los mecanismos “inespecíficos” de tutela de estos derechos. Un desarrollo detallado de tales mecanismos puede verse en NEVES MUJICA, Javier. *La tutela internacional de la libertad sindical*. En: *Lecturas sobre temas constitucionales*. Lima, Comisión Andina de Juristas, No.8, 1992. pp.181-183.

(69) De importancia “muy particular” habla POUYAT, Ann. *Normas y procedimientos de la OIT en materia de libertad sindical: un balance*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol.101, No.3, año 1982, p.325; “primordial” señala YANNOPOULOS, Démetre. *La protection internationale de la Liberté Syndicale: la Commission d'Investigation et de Conciliation en matiere zgde liberté syndicale del'Organization Internationale du Travail*. Paris: LGDJ, 1973. p.10; o “más especial”, según VALTICOS, Nicolás. *Derecho Internacional del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1977. p.240.

(70) Los mecanismos regulares de control están constituidos por el procedimiento regular y los procedimientos de reclamaciones y quejas. El primero de ellos, es un procedimiento en el que la OIT, de oficio, a través de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión de Normas de la Conferencia, supervisa el cumplimiento por los estados de las obligaciones que emanan de los convenios que hayan ratificado. El procedimiento de reclamaciones se inicia a solicitud de alguna organización empresarial o sindical cuando un determinado país no ha cumplido con tales obligaciones. El procedimiento de quejas puede ser presentado por cualquier delegado de la conferencia, por un país contra otro que haya incumplido un convenio o puede ser iniciado de oficio por la OIT. Un desarrollo detallado sobre el particular puede verse en NEVES MUJICA, Javier. Op.cit.; pp.184-187 y VON POTOBOSKY, Gerardo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1990. pp.91-120.

referidos a la libertad sindical, se crearon complementariamente en 1950 la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de libertad sindical (compuesta por especialistas en la materia), y en 1951 el Comité de Libertad Sindical (de integración tripartita), que examina las quejas sobre violación de la libertad, sin requerir para ello de autorización alguna del gobierno en cuestión. De esta manera, la OIT no sólo ha buscado establecer un variado instrumental tutelar de la libertad sindical, sino que les ha asignado también como misión elaborar un conjunto de principios que han venido, en los autorizados términos de Von Potobsky⁽⁷¹⁾ “a completar y dar mayor precisión a las normas contenidas en los convenios sobre libertad sindical y cuya observancia acompaña su aplicación aun cuando no estén específicamente formulados en tales instrumentos”.

De todo ese andamiaje tutelar, el órgano más importante es, sin lugar a dudas el Comité de Libertad Sindical⁽⁷²⁾, compuesto por 9 miembros (3 representantes de los gobiernos, 3 de las organizaciones de trabajadores y 3 de las de empleadores), que tiene funciones cuasi-jurisdiccionales, de allí que el procedimiento adoptado para su pronunciamiento responda a los principios básicos en materia contenciosa, dotándolo de la mayor imparcialidad y objetividad posibles. En tal sentido, ningún representante o ciudadano de un Estado contra el cual se plantea una queja, así como ninguna persona que ocupe un puesto oficial en la organización nacional de empleadores o trabajadores autora de la reclamación puede participar en los trabajos del Comité cuando éste se ocupe de algún caso en que dichas instituciones estén interesadas.

La concepción de libertad sindical que maneja el Comité no se restringe a la esfera organizativa de este derecho, como podría desprenderse de una lectura reductiva y literal del Convenio 87, sino que asume la verdadera complejidad de este derecho teniendo en

cuenta la esfera dinámica del mismo, por lo que se ocupa también de las quejas respecto de las restricciones de la negociación colectiva y la huelga en tanto se trata de expresiones centrales de la libertad sindical⁽⁷³⁾.

Las quejas pueden ser presentadas por organizaciones de trabajadores o empleadores y por gobiernos. Las organizaciones pueden ser: a) una organización nacional directamente interesada en el asunto; b) una organización internacional de trabajadores o empleadores que tenga relaciones consultivas con la OIT; c) cualquier otra organización internacional de trabajadores y empleadores, cuando las quejas se refieran a asuntos que afecten directamente a organizaciones afiliadas a la misma. La competencia central del Comité gira alrededor del examen de las quejas sobre vulneración de la libertad sindical presentadas ante el Consejo de Administración de la OIT, culminado lo cual eleva a este órgano sus conclusiones y recomendaciones, para que, una vez aprobadas, se envíen al gobierno encausado con el fin de que tome conocimiento de ellas y adopte las medidas necesarias para eliminar las afectaciones a la libertad sindical detectadas por el Comité.

Ahora bien, como sucede con la mayoría de los organismos internacionales, los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical carecen de la ejecutoriedad propia de tribunales internos. Sin embargo, hay que reconocer que el grado de eficacia alcanzado por ellos es más alto (o menos bajo, si se quiere) que el generalmente logrado en el ámbito del derecho internacional, por la gran carga de condena moral que los avala, de allí que se haya podido conseguir numerosos resultados tangibles en defensa de la libertad sindical, entre los cuales cabe mencionar a guisa de ejemplo, el reconocimiento de personalidad jurídica a sindicatos que se les había negado tal atributo (Ecuador, Etiopía, Colombia), la extensión del derecho de sindicación a categorías excluidas por normas

(71) VON POTOBSKI, Geraldo. *La protección de los derechos sindicales. Veinte años de labor del Comité de Libertad Sindical*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol.85, No.1, 1972. p.83.

(72) Un análisis detallado sobre este órgano puede verse en OIT, 1988, pp. 17-24 y en ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *El Comité de Libertad Sindical*. En: *Derecho Laboral*. Montevideo, No.169. 1993.

(73) Sobre el particular pueden verse los 142 pronunciamientos sobre negociación colectiva y los 132 sobre huelga reseñados en OIT, 1996. pp.111-134 y 171-202. En lo que hace al tema de la huelga (y su directo entroncamiento con la libertad sindical) sobre el que no existe ningún convenio aprobado, véase el trabajo de HODGES-AEBERHARD, Jane y ODERO DE DIOS, Alberto. *Los principios del Comité de Libertad Sindical relativos a la huelga*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol.106, No.4, 1987.

nacionales (Guatemala, Brasil, Chipre, Camerún, Pakistán, Filipinas), la modificación de las legislaciones que prohíben a las organizaciones sindicales la vinculación con un partido político o la realización de actividades políticas (España, Portugal, Mauritania, Filipinas, Grecia, Madagascar, Uruguay), la supresión de las facultades concedidas a las autoridades administrativas para disolver o suspender

organizaciones sindicales o el traslado de estas atribuciones al campo judicial (Alemania, Níger, Pakistán, Panamá, Honduras, Guyana, Barbados)⁽⁷⁴⁾. En lo que hace a nuestro país habría que destacar la paralización de proyectos de ley restrictivos del ejercicio del derecho de huelga ocurrida a lo largo de los años ochenta a partir de los cuestionamientos formulados por el Comité de Libertad Sindical⁽⁷⁵⁾. *ALB*

(74) Para una presentación detallada de tales pronunciamientos véase, ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *Op.cit.*; pp.103 y ss.

(75) Una completa sistematización de las objeciones del Comité de Libertad Sindical a la LRCT puede verse en NEVES MUJICA, Javier. *Objeciones del CLS-OIT a la LRCT*. En: *Asesoría Laboral*. No.40, 1994.