

La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público^(*)

Alfredo Villavicencio Ríos

Abogado. Profesor de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

“Con el reconocimiento expreso de la libertad sindical no se trata ya sólo, como ocurriría desde una óptica estrictamente liberal, de asegurar el derecho individual del trabajador permitiéndole asociarse con otros trabajadores, pues para ello hubiera sido suficiente la genérica y amplia admisión que el artículo 22 hace del derecho de asociación. Se ha estimado que el sindicato necesita de una especial protección y ello no sólo porque esto es imprescindible para la existencia del mismo, sino también por un juicio de valor favorable a los fenómenos sindicales, pues por medio de la autotutela de los intereses del trabajo se logran los objetivos constitucionales de lucha contra la desigualdad y la protección y defensa de los intereses del trabajo, admitiéndose el sindicato así como instrumento para la consecución de una sociedad más justa, más libre, más segura y en la que se promueva el bien de cuantos la integran, como el Preámbulo de la Constitución propone”
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer

1 Marco de referencia conceptual respecto del interés público.

El terreno del interés público ha comenzado a ser objeto de reformulación, a partir de constatar el debilitamiento de las entidades tradicionales de representación y participación política y social y de las posibilidades que ofrece el Estado de Derecho para la satisfacción de las aspiraciones políticas, económicas, sociales y culturales de la población. Todo ello, además, en un contexto de ampliación de su contenido, sustrayéndolo del monopolio estatal y extendiéndolo hacia ciertos sujetos sociales trascendentes, que buscarán defenderlo por todas las vías posibles, tanto en sede judicial como administrativa.

El desarrollo de estos supuestos fácticos y conceptuales en el campo laboral ha sido ya llevado a

cabo por Neves Mujica (1999), de allí que, sin perderlos de vista, orientaremos nuestro esfuerzo académico hacia el estudio concreto de la libertad sindical en el marco más tradicional de comprensión del interés público, en la medida en que consideramos que se requiere volver a insistir en el Perú en que la razón de ser de la libertad sindical encuentra un entronque directo con éste, si es que queremos que el pacto constitucional no sea tan sólo un saludo a la bandera sino que el pluralismo social y económico que contiene se vea cargado del contenido que amerita una sociedad integradora y no excluyente, en la que tienen cabida todos los colectivos que la conforman.

En tal lógica, no pretendemos ingresar en el debate de lo que significa un concepto tan complejo y multívoco como el de interés público, sino más bien señalar que sea cual fuere la perspectiva que se asuma,

(*) Versión resumida y, en parte, reformulada, del trabajo sobre “Libertad Sindical e Interés Público” elaborado por encargo de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público, sustentado el 19 de abril del 2001 en el Foro sobre Protección de los Derechos Laborales desde la Perspectiva del Interés Público.

partiendo de explicarlo desde los fundamentos sociales o jurídico-filosóficos, o simplemente desde sus aspectos funcionales o instrumentales, nos movemos en el campo de las bases esenciales sobre las que se ha construido la sociedad, los principios y valores fundamentales que definen una determinada organización social y que, por lo mismo, pasan a tener una consideración jurídica especial traducida generalmente en normas de carácter imperativo que se imponen a la autonomía de la voluntad.

Bajo este marco conceptual, el presente trabajo busca encontrar la relación existente actualmente entre interés público y libertad sindical, habida cuenta que si bien jurídicamente no existe ningún cuestionamiento al vínculo intenso entre ambos fenómenos, en la realidad sí se está viviendo una seria crisis sindical que ha llevado a la casi desaparición de este relevante mecanismo de representación de intereses sociales. No nos detendremos, por tanto, en la presentación de la consagración jurídica de la libertad sindical, que ya en otro trabajo ha sido reconocida como patrimonio jurídico de la humanidad, en la medida en que se encuentra recogida en todos los Pactos, Tratados o Convenios Internacionales que regulen los derechos humanos fundamentales, ha llegado a tener normas internacionales específicas y numerosas ratificadas (los Convenios 87 y 98 de la OIT), cuenta con órganos internacionales propios dedicados a velar por su respeto (el Comité de Libertad Sindical de la OIT) ha sido recogida en primer lugar en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (al lado de la abolición del trabajo infantil, del trabajo forzoso y de la discriminación) y, finalmente, ha sido consagrada constitucionalmente en todos los países democráticos⁽¹⁾.

Por tanto, a continuación vamos a salir de este terreno y vamos a tratar de analizar la vinculación existente entre las funciones que cumple actualmente la libertad sindical y su vinculación con el interés público y los elementos que marcan la crisis por la que atraviesa el movimiento sindical peruano, para concluir ocupándonos de la irreversibilidad de la crisis del sindicalismo o la irremplazabilidad de este mecanismo de representación colectiva de los intereses de los trabajadores, desde la óptica del interés público.

2 Definición de libertad sindical y evolución histórica.

La libertad sindical es un derecho complejo, compuesto por un conjunto de facultades organizativas y de actividad, dirigidas a regular el surgimiento y actuación de sujetos colectivos que promuevan y defiendan los intereses económicos y sociales de los trabajadores. Se trata, pues, de un conjunto de derechos que se predicen tanto de sujetos individuales como colectivos, que incluyen derechos de hacer y de no hacer, que se ejercen frente a diversas contrapartes (el empleador, el Estado y los propios sujetos sindicales, principalmente), que tiene expresiones **estáticas** (organizativas) y **dinámicas** (de desarrollo de actividades), siendo que la doctrina coincide en señalar que **fundamentalmente estamos ante un derecho de trascendencia colectiva cuyo elemento esencial es el dinámico** en la medida en que el lado organizativo es el instrumental, puesto que viene a ser el soporte institucional requerido para el desarrollo óptimo de las actividades de representación de los trabajadores y de autotutela de sus intereses. En tal sentido, tanto la negociación colectiva como la huelga forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical.

Estamos frente a uno de los principales ejes del segundo gran paquete de derechos fundamentales que alcanzan consagración constitucional (derechos fundamentales de segunda generación). Tras el reconocimiento al máximo nivel jurídico de los derechos y libertades civiles y políticas con que se inauguró el capitalismo liberal, los derechos económicos y sociales alcanzaron tan alta consideración a partir de 1917 en América (Constitución de Querétaro) y 1919 en Europa (Constitución de Weimar), cuando el liberalismo dejó paso al Estado Social de Derecho. Desde entonces es uno de los pilares principales del “nuevo contrato social” que empezó a extenderse en el mundo desde la primera post-guerra mundial, y se generalizó a partir de la segunda post-guerra mundial, a tal punto que se ha considerado por una autorizadísima voz que “la formación de los sindicatos, es decir, la organización de los trabajadores, es la contrapartida de la acumulación de capital⁽²⁾”.

(1) El desarrollo de todos estos elementos jurídicos puede verse en: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad Sindical en el Perú*. Lima: OIT, 1999. pp. 11-26.

(2) KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo y Derecho*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987. p. 275.

Su juventud entre los derechos constitucionales nos indica que estamos frente a una libertad menos clásica y rica en tradición jurídica que aquellas provenientes de la primera constitucionalización; sin embargo, hay que resaltar que la libertad sindical “poco a poco ha logrado acomodarse sin complejos de inferioridad ni de aislamiento⁽³⁾”. Su origen, dinámica y justificación histórica reposan en la necesidad de amortiguar las consecuencias de la contraposición de intereses y de la desigual distribución de poder entre el capital y el trabajo, implícita en el sistema capitalista, a partir de la actuación y representación colectiva de los trabajadores. La aplicación de las reglas del mercado a las relaciones de trabajo evidenció el sometimiento absoluto de los trabajadores a los intereses de los empresarios, con la secuela de miseria y condiciones de vida infrahumanas cuyas dimensiones dieron origen a la denominada “cuestión social”⁽⁴⁾. Tengamos siempre presente que nos encontramos frente a “una relación entre un detentador de poder (sobre personas y cosas) y quien no detenta poder alguno, que se origina en un acto de sumisión, que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y la subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida como contrato de trabajo⁽⁵⁾”. Y ello, bajo las recién inauguradas reglas de libertad de empresa y trabajo, igualdad formal, autonomía de la voluntad, proscripción de grupos intermedios, abstencionismo estatal, etcétera, sólo podía dar paso al predominio absoluto y sin escrúpulos del “más fuerte”.

Esto generó una inmediata respuesta de los perjudicados, que buscaron coaligarse y actuar conjuntamente para que alguna parte de sus intereses fuera tomada en cuenta a la hora de definir el estatuto jurídico que iba a regir su relación de trabajo, y, por tanto, sus condiciones de vida. La lógica liberal no se compadecía con la irrupción cada vez más generalizada de estos sujetos colectivos por lo que pasó a proscribir y penalizar su creación y actuación, dando lugar a la primera etapa de la evolución jurídica de este instituto: el **período de la prohibición**. La primera y arquetípica norma que recoge el espíritu de la época es la ley francesa *Le Chapelier*, de 1789, que vedaba y castigaba penalmente cualquier tipo de gremio, corporación o

asociación que intentara representar intereses de grupo. Son también muy importantes históricamente las *Combination of Workmen Acts* británicas aprobadas en 1799 y 1800, que declaraban la ilegalidad de todas las coaliciones (*combinations*) de trabajadores que tuvieran por objetivo regular las condiciones de trabajo. Además de ello, las normas prohibitivas vinieron aparejadas con disposiciones de los respectivos Códigos Penales en Francia, Italia y Alemania que sancionaban con penas de prisión a quienes propugnaban o participaban en este tipo de entes intermedios.

Paulatinamente se fueron evidenciando las limitaciones y disfuncionalidades de tal legislación por lo que el Estado, por realismo político⁽⁶⁾, comienza a dejar atrás al período de prohibición dando paso a lo que se ha denominado como el **período de tolerancia** del fenómeno sindical, desde la aprobación en 1824 de la *Combination Laws Repeal* británica, que derogó las antes mencionadas *Combination of Workmen Acts* y eliminó las prohibiciones y penalizaciones que atenazaban a la libertad sindical, dejándola en el plano de las conductas aceptadas aunque no promovidas, en aplicación del principio de que lo que no está prohibido está permitido. La segunda mitad del siglo pasado traerá consigo las principales normas europeas dirigidas a despenalizar el fenómeno sindical (Francia en 1964, Alemania en 1969, Italia en 1891), abriendo de este modo una etapa de transición que culminaría en el último período de la evolución jurídica de la libertad sindical: su **reconocimiento como derecho** por el ordenamiento jurídico a partir de la *Trade Union Act* inglesa de 1871.

Dentro de esta última etapa, o como una que le sucede, a partir de la segunda post-guerra mundial se habla de una **etapa promocional** de la libertad sindical, derivada de su reconocimiento pacífico y universal como derecho fundamental, y de la necesidad de fomentar este derecho.

3 Las organizaciones sindicales y el interés público: razón de ser y situación actual.

El fundamento de la espectacular evolución jurídica antes vista, que ya en 1917 alcanzaba el máximo rango

(3) GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto. *Il Diritto Sindacale*, Zanichelli. Bologna, 1992. p. 39.

(4) No nos olvidemos que los economistas propugnaban en ese entonces la Ley de Bronce de los salarios, según la cual la supuesta escasez de capital y la abundancia de mano de obra llevaban a que los salarios tiendan a fijarse en el mínimo de subsistencia del trabajador y su familia.

(5) KAHN-FREUND. Otto. Op. cit.: p. 52.

(6) Ya que sino, en gráficas palabras de De La Cueva (DE LA CUEVA, Mario. *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 2da. edición. México: Porrúa, 1981. p. 250) “el Estado se habría transformado en una gran colonia penitenciaria”.

jurídico en la Constitución de Querétaro como se ha visto, radica en un conjunto de razones de la que pasamos a ocuparnos y que han tenido que ser aceptadas por realismo político, inicialmente, y, luego, por considerar que la representación colectiva de los trabajadores (legítima y eficaz) es imprescindible para darle un rostro humano y democrático al sistema productivo de mercado, antes llamado capitalismo, y que, por lo tanto, tienen una vinculación especialmente intensa con el interés público, aun en su visión más tradicional. Actualmente, el neoliberalismo reinante, sobretudo en nuestros lares, y las diversas mutaciones habidas en el sistema productivo y en las formas de organización del trabajo vienen generando cuestionamientos al papel tradicional del sindicato. Por lo que a continuación pasamos a analizar la necesidad histórica de la representación sindical, para enfrentar luego el tema vinculado a la crisis de esta forma representativa al comenzar el siglo XXI y concluir con un balance respecto a la irreversibilidad de esta crisis o la irremplazabilidad del sindicalismo.

3.1 Necesidad histórica de la representación sindical.

Como forma de ingreso al tema de la vigencia histórica de la representación sindical en vinculación con el interés público, vamos a presentar las distintas funciones que cumplen estas organizaciones, sin hacer referencia a la función más directamente vinculada al interés colectivo (función representativa), para ocuparnos de las otras cinco funciones desde una perspectiva en la que trasunta el interés no sólo colectivo sino público, en el sentido de interés general de la sociedad que, creemos, mostrará el déficit de plasmación del mismo desde el propio Estado.

3.1.1 Función compensadora o equilibradora.

La relación laboral individual (cuya nota distintiva es la subordinación del trabajador al empleador), se caracteriza por la radical asimetría de poder que ostentan las partes de la misma, que se tradujo en una situación de primacía absoluta de los intereses de la parte fuerte a la hora de fijar las condiciones de trabajo, aunque siempre revestida por la figura contractual. Frente a esta realidad y sus consecuencias sobre las condiciones de vida de un significativo sector de la población, se han intentado históricamente varios instrumentos dirigidos a compensar la desigualdad real y equilibrar la relación (desde sociedades de auxilio mutuo hasta una acentuada intervención estatal, tan proteccionista en el terreno individual como restrictiva

en el colectivo). De todos ellos, el más idóneo para conseguir la finalidad buscada es la organización y actuación colectiva de los trabajadores, que se institucionaliza y logra sus mejores resultados a través de la forma sindical. Sin duda, que ello no excluye la presencia de una actuación estatal tuitiva, pero, a su vez, ha quedado demostrado históricamente que en el terreno colectivo la intervención estatal más fructífera es la que genera las condiciones para el surgimiento y desarrollo de organizaciones sindicales que, una vez consolidadas, van ocupando el lugar de la regulación estatal y sustituyéndola con normas consensuadas con el empresario.

La función compensadora resalta, pues, la aparición de un nuevo sujeto en las relaciones laborales, de carácter colectivo, estable y formalmente estructurado, dotado de un poder considerablemente mayor que el del trabajador individualmente considerado, que planteará con el empleador o los empleadores relaciones que tengan una mayor dosis de coordinación que de subordinación. Por ello, el grado de implantación y fortaleza de la libertad sindical, y la consiguiente cuota de igualdad sustancial que ello trae consigo, es un tema insoslayablemente vinculado al interés público que debe conducir al fomento y protección de la libertad sindical desde el Estado (puesto que sindicatos débiles no cumplen el rol equilibrador en su real dimensión).

En tal sentido, el grado de vigencia de la libertad sindical será un elemento fundamental para analizar el equilibrio o desbalance de poder existente entre el grupo laboral y el empresarial en un determinado país y momento histórico. Y un Estado comprometido con el objetivo de conseguir niveles cada vez mayores de igualdad sustancial no puede desentenderse de promover los instrumentos dirigidos a conseguirlos en el importante campo de las relaciones de trabajo, por lo que el interés general está en juego en este terreno.

3.1.2 Función normativa.

La constitución de organizaciones sindicales permite un mejor posicionamiento de los trabajadores en los ámbitos económicos y sociales donde se discuten sus intereses, y genera el espacio para que éstas y su contraparte empresarial (que son los que más conocen la problemática de cada unidad productiva) puedan establecer consensualmente las condiciones de trabajo, en un primer momento, y, posteriormente, extender su poder normativo al gobierno del sistema de relaciones laborales en su conjunto. Así, teniendo como presupuesto a la existencia de organizaciones sindicales

(autoorganización) y como garantía de eficacia al reconocimiento jurídico de una capacidad de presión propia (autotutela), se le reconoce un papel protagónico en la creación de normas jurídicas (autorregulación) conjuntamente con la representación empresarial, que sintetizarán los intereses contrapuestos en juego y regularán las relaciones laborales del ámbito representado por quienes negocian colectivamente con una dosis muy importante de democracia industrial.

Y esta función reguladora se ha convertido en “el método predominante para la fijación de normas laborales⁽⁷⁾” o “sin lugar a dudas, el mecanismo predominante el mecanismo principal de regulación de las relaciones laborales⁽⁸⁾”, porque su origen consensual, el conocimiento detallado de la realidad a normar, su duración limitada en el tiempo, le dan una idoneidad, equilibrio y aceptación inconseguibles desde la heteroregulación estatal (la otra gran fuente normativa en las relaciones laborales). La situación de cada unidad productiva es peculiar, por tanto, las normas que regulen sus relaciones laborales deben tener un grado de especificidad y flexibilidad muy grande, y ello sólo es posible desde la autonomía colectiva (que viene a ser la conjunción de autoorganización, autorregulación y autotutela).

Esta adecuación de la norma colectiva, unida a su origen consensual, le da un índice de aceptación y cumplimiento mucho mayor que el de las normas impuestas desde el Estado. De allí que exista también un criterio de eficiencia económica que lleva a apuntalar la regulación colectiva de las relaciones laborales, frente a la lejanía del objeto a regular, mayor rigidez e imposición que significaría otorgarle un papel protagónico al Estado en este terreno y frente a la desprotección total de los trabajadores que significaría dejarlos a merced del establecimiento individual de las condiciones de trabajo.

Por ello, nuevamente, el rol del Estado en función del interés general de la sociedad tiene que dirigirse a fomentar el surgimiento y la actuación eficaz del sindicato para que la autonomía colectiva pueda establecer las reglas más eficientes, apropiadas y justas en materia laboral.

3.1.3 Función compositiva o pacificadora.

Las relaciones laborales son intrínsecamente conflictivas, puesto que, de un lado, las partes tienen intereses claramente contrapuestos (aunque no todos), y, de otro, se construyen en base a la subordinación del trabajador frente al empresario. Y ello es tan así que se puede compartir plenamente las afirmaciones de Ojeda Avilés⁽⁹⁾ respecto a que “negar la existencia de esta conflictividad parece actualmente una insensatez que nadie mantiene”, por lo que “lo más ajustado a la realidad que podemos sostener es que el conflicto industrial es tan connatural y necesario al sistema económico capitalista como la competencia mercantil”.

Ante tal situación, que lleva a desterrar cualquier consideración originariamente patológica del conflicto laboral, el ordenamiento jurídico tiene que encontrar el cauce más propicio para estas controversias, de manera que las soluciones a las que se arribe, nutriéndose de la diversa realidad productiva, sean las más satisfactorias para quienes se encuentran enfrentados. Se trata de procesar el conflicto de intereses de manera que se potencie al máximo los elementos positivos y dinámicos del conflicto (necesidad de equilibrio, impulso del consenso, cuotas mayores de democracia industrial, igualdad sustancial y justicia social, etcétera), y reducir al mínimo su lado negativo (entorpecimiento de la actividad productiva, enrarecimiento del ambiente de trabajo, desgaste de las relaciones humanas, etcétera).

La vía adecuada para la composición del conflicto en esos términos no puede ser sino la negociación directa (y asistida, cuando ésta no consigue resultados en estas tratativas⁽¹⁰⁾) que busca crear, modificar o sustituir la regulación ya insatisfactoria, en la medida en que nos encontramos ante un conflicto económico o de intereses (siempre colectivo) y no un conflicto jurídico (aplicación o interpretación de una norma preexistente), y tal respuesta no la pueden dar los órganos estatales creados para la solución de conflictos (que se basan todos en la preexistencia de una regulación, y, por lo tanto, pertenecen a la especie de conflictos jurídicos), sino que radica en la potestad normativa que el ordenamiento jurídico ha reconocido a los sujetos sociales. No hay, pues, órgano judicial que

(7) WINDMULLER, John P. *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industrializados*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 20.

(8) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio*. Ginebra, 1999, p. 5.

(9) OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 395 y 398.

(10) Y frente al fracaso de ambas vías el acuerdo de cederle a un tercero (árbitro) la capacidad de resolver el conflicto con un laudo o la utilización de los medios de presión reconocidos por el ordenamiento jurídico como válidos para conseguir las concesiones que hagan atractivo el acuerdo para ambas partes (huelga).

pueda crear una norma que cierre este tipo de conflictos económicos, correspondiéndole al Estado dotar a la negociación directa de todos los instrumentos necesarios para conseguir su fin y ofreciendo a las partes asistencia especializada para salvar sus diferencias y vías alternativas para que el conflicto no quede abierto.

Y, en función de ello, el propio ordenamiento jurídico ha previsto el cauce negocial como el más adecuado, que viene acompañado incluso de medidas de exteriorización del conflicto, como la huelga que, a la vez que expresión del conflicto, no deja de ser una exacerbación del enfrentamiento con la finalidad de encontrar esa solución que sintetice los intereses en juego, como sostiene Pasco Cosmópolis⁽¹¹⁾. Y ello debe ser tenido en cuenta dándole el valor superlativo que tiene, en la medida en que, como sostiene Ojeda “la explicación o justificación del sistema de relaciones industriales radica, pues, en el gobierno del conflicto⁽¹²⁾”, respecto al cual el papel fundamental lo tienen las organizaciones colectivas.

Dadas tales premisas, en el terreno de composición y funcionalización del conflicto industrial tampoco se ha encontrado instrumento más apropiado que el surgimiento y actuación de los sujetos colectivos fuertes y legítimos, por lo que también constatamos la presencia del interés público en este terreno.

3.1.4 Función de aplicación y vigencia del Derecho del Trabajo.

La vigencia de la libertad sindical tiene un papel fundamental en el terreno de la vigencia y aplicación del Derecho del Trabajo, con lo que se refuerza el interés público que subyace en la existencia de esta rama del Derecho que, justamente por ello, se suele expresar en normas imperativas⁽¹³⁾.

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 del Trabajo, el índice de aplicación de las normas es todavía menor que en las demás ramas del ordenamiento jurídico puesto que, como ya se dijo la eficacia y aplicación de las normas laborales es genéticamente baja⁽¹⁴⁾. Ello porque esta rama del Derecho 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⁽¹⁵⁾. Por ello, resulta totalmente compatible la opinión de Giugni y Sanguineti 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 adecúe a sus previsiones⁽¹⁶⁾.

En tal sentido, junto con el unánime 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⁽¹⁷⁾, es indispensable que se cuente con un movimiento sindical consolidado, dado que, como enseña Kahn-Freund “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

(11) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. Lima: Aele, 1997. p. 146.

(12) OJEDA AVILÉS, Antonio. Op. cit.; p. 54

(13) También es pacífico el reconocimiento al papel decisivo del movimiento sindical en el surgimiento del Derecho del Trabajo, lo que podrá revalorarse en el Perú del siglo XXI si se logra revertir la gravísima desregulación laboral que hemos heredado de la última década del siglo XX.

(14) GIUGNI, Gino. *Diritto Sindacale*. Cacucci: Bari, 1996. p. 14.

(15) Sobre todo cuando el Estado reduce al límite su potestad fiscalizadora del cumplimiento de las normas laborales, como ha ocurrido en nuestro país en la última década.

(16) GIUGNI, Gino. Op. cit.; 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.

(17) Como expresión de la unanimidad referida, véase, por todos, la autorizada opinión del Comité de Libertad Sindical (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 4ta. edición. Ginebra, 1996. pp. 158-159. No. 740) 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 No. 739, 742, 743, 744, 745 y 746.

el rol del Estado en función del
interés general de la sociedad
tiene que dirigirse a fomentar el
surgimiento y la actuación eficaz
del sindicato para que la
autonomía colectiva pueda
establecer las reglas más
eficientes, apropiadas y justas en
materia laboral

empresario, y, en último término, si ésta falta, mediante el cese concertado del trabajo⁽¹⁸⁾, 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”.

En el marco del modesto papel que desempeñan las normas laborales *per se*, su vigencia y aplicación depende principalmente de la correlación de fuerzas que existe entre los tres actores del sistema de relaciones laborales: el Estado, las organizaciones sindicales y las empresariales; o, más sintéticamente, y como ya se ha dicho, está referida al poder de las organizaciones sindicales. Por ello se puede concluir que en todas partes la eficacia de las normas depende mucho más de los sindicatos de lo que éstos dependen de la eficacia de aquéllas, y que cuando las organizaciones sindicales son débiles -y su fuerza y debilidad dependen en gran medida de factores no controlables por el Derecho- las leyes del Parlamento, por bien intencionadas que sean y por bien hechas que estén, tienen escasa influencia para modificar las relaciones de poder entre trabajadores y empresarios. Incluso los más eficaces inspectores pueden hacer poco si los trabajadores no se atreven a denunciarles las infracciones de la legislación que aquellos tienen la misión de hacer cumplir⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾.

Por tanto, el papel que juegan las organizaciones sindicales en la aplicación del ordenamiento jurídico

laboral es de particular importancia, llegando incluso a ser más eficiente que el propio Estado en una función que es inherente a su propia naturaleza.

3.1.5 Función democratizadora y de cohesión social.

La libertad sindical tiene, además, un papel de interés público, en la acepción más tradicional del término, cuando se pone la mirada en su vinculación con el sistema democrático de gobierno.

Así tenemos que en las sociedades modernas, complejas y plurales, el sindicalismo se ha convertido en un componente esencial de la democracia, que le da un rostro más humano y concreto, que establece niveles aceptables de igualdad material en las relaciones laborales, que introduce niveles de redistribución económica que permiten una mayor satisfacción de las necesidades de un gran sector de la población, que canaliza uno de los principales conflictos que intrínsecamente la circundan y lo convierte en regulaciones apropiadas. En este sentido, debemos concordar con quienes afirman de manera concluyente que “hay ciertos derechos como la libertad sindical, huelga, seguridad social, que son juzgados básicos quizá porque, a pesar de su dimensión inmediatamente laboral trascienden el puro ámbito del Derecho del Trabajo para contribuir a la definición de una forma democrática de organización social y de distribución del poder en su seno⁽²¹⁾”.

Ello se reafirma en las opiniones de los grandes maestros del Derecho del Trabajo contemporáneo que, como Verdier, Giugni o Lyon-Caen, han sostenido sin paliativos y respectivamente que “la libertad sindical es un denominador común de los regímenes democráticos”, que “la efectividad del orden democrático puede ser medida por la eficacia de la libertad sindical”, o que “no hay democracia sin libertad sindical⁽²²⁾”. De esta manera, la vigencia plena de la libertad sindical tiene resonancias claras en la configuración democrático-pluralista de la sociedad, puesto que así como los partidos políticos son la expresión de la democracia política, las organizaciones

(18) KANH-FREUND, Otto. Op. cit.: p. 55.

(19) Ibid.: pp. 54-56.

(20) La baja efectividad o la inaplicación frecuente de las normas referidas al Derecho Sindical es un carácter genético de esta disciplina, puesto que son normas que se estructuran sobre un conflicto permanente de intereses, en el cual, además, el sujeto pasivo mayoritariamente de los derechos consagrados se encuentra en posición predominante y subordinadora del sujeto activo beneficiario. En este sentido, se puede concordar con Giugni (GIUGNI, Gino. Op. cit.: p. 14) la afirmación de que sólo un amplio consenso puede garantizar a la ley una tasa suficientemente de observancia, lo que resulta difícil cuando la norma jurídica se construye sobre una contraposición de intereses.

(21) DE LA VILLA GIL, Enrique, GARCIA BECEDAS, Gabriel y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Instituciones del Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991. p. 64.

(22) ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Sindicatos en Libertad Sindical*. Lima: ADEC/ATC, 1991. p. 28.

sociales lo son del pluralismo social, lo que les permitirá hacer llegar sus demandas y velar por los intereses de los colectivos que representan incluso en la esfera política, como sucede en los procesos de concertación social general o sectorial o de participación institucional de estos sujetos en instancias de gobierno vinculadas a la temática laboral.

Y la cuota de democracia material que aporta la libertad sindical, al permitir que los intereses de los trabajadores sean tenidos en cuenta en las unidades productivas y en el manejo del Estado, reflejándose (parcialmente, en tanto también existen otros intereses en juego que deben tener su lugar) en las condiciones de trabajo y las políticas públicas que se adopten, es un factor de cohesión social fundamental para la construcción de una sociedad integradora y no excluyente. Así ha sido en Europa, y ello ha permitido el cambio de la propia ideología sindical, que de buscar la sustitución del sistema liberal que era totalmente impermeable a los intereses de los trabajadores, pasaron a sentirse parte del Estado Social de Derecho que lo sustituyó y que les permitió sentirse parcial pero satisfactoriamente representados en la fijación de las condiciones de trabajo y en la definición e implementación de las políticas públicas, con lo que dejaron de lado la inspiración revolucionaria para sustituirla por otra reformista que busca ampliar la intensidad de la presencia de los intereses económicos y sociales de los trabajadores dentro del sistema imperante.

El Perú, desgraciadamente, es uno de los ejemplos más claros de disgregación social, en la medida en que, al margen del carácter electivo o no de los gobiernos, el autoritarismo (como sistema de decisiones unilaterales que se imponen), con claros sesgos de exclusión social, ha sido el signo distintivo del subsistema de relaciones laborales y del sistema social y político en su conjunto. En tal sentido, se promulgaron normas restrictivas e intervencionistas en materia de derechos colectivos, a la par que se asumían comportamientos estatales y empresariales que en conjunto buscaban reducirlos a su mínima expresión. Por tanto, las organizaciones colectivas nacieron y actuaron en un contexto totalmente adverso, lo que explica en gran medida su subdesarrollo y su inclinación hacia lo político: dado que el sistema reinante no permitía una representación real y efectiva de los intereses de los trabajadores a nivel de las condiciones de trabajo y las políticas públicas, estas organizaciones se adscribieron a la corriente de sindicalismo clasista que planteaba su sustitución por otro sistema en el que

sí se diera esta presencia, de manera similar a como sucedió en la Europa del siglo pasado y se resolvió con la instauración real del Estado Social de Derecho, asignatura aún pendiente en nuestro país.

Para muestra de ello, la escasa cobertura de la negociación colectiva (ahora realmente excepcional cuantitativa y cualitativamente) y la inexistencia de diálogo y concertación sociales, situaciones que convalidan aquel otro ángulo desde el que se puede apreciar la relación entre libertad sindical y democracia, según el cual también resulta constatable el hecho de que todos los regímenes autoritarios han desconocido o restringido al máximo el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores enmarcados en la libertad sindical; lo que nos permite afirmar que a menor espacio para la libertad sindical mayor grado de autoritarismo, o, si se quiere, a mayores restricciones a la libertad sindical mayor certeza del carácter autoritario del régimen.

Tras todo lo dicho, debemos ahora ocuparnos de las importantes transformaciones operadas en el mundo de las relaciones laborales, especialmente a partir de la tercera revolución tecnológica, que están imponiendo retos muy fuertes a la forma representativa sindical, con el fin de poder formular un juicio acerca de las dimensiones de esta crisis sobre la forma representativo sindical y su papel respecto del interés público.

3.2 La crisis del sindicalismo al comenzar el siglo XXI.

El último cuarto del siglo pasado ha sido muy rico y veloz en materia de redefinición del sistema productivo imperante, en un contexto de replanteamiento del papel del Estado (crisis del *Welfare State*), revolución tecnológica, flexibilización del Derecho del Trabajo y descentralización productiva, por hablar de lo más saltante. Además, ha venido acompañado de una legislación en materia de derechos colectivos que por primera vez regulaba sistemáticamente y en una norma con rango de ley la constitución de sindicatos, la negociación colectiva y la huelga. Finalmente, el paisaje de surgimiento y actuación de los sindicatos no sólo se vió afectado por estos factores exógenos, sino que tuvo y sigue teniendo problemas endógenos para redefinir antiguas estrategias y tácticas, viejas ideologías y prácticas no muy democráticas. Todos estos temas han llevado a plantear que estamos ante formas de representación tradicionales que deben ser superadas. Veamos a continuación cada uno de estos temas y dejemos para el punto siguiente la valoración global de esta crítica.

3.2.1 Cambios en la configuración del mundo del trabajo.

Desde mediados de los 70, cuando la crisis del petróleo remece los cimientos del sistema productivo mundial, la producción se estanca y la inflación y el desempleo se agudizan, se han presentado significativos cambios de distinta índole, con un impacto claro en el mundo del trabajo y, por ende, en las formas de representación sindical. A continuación vamos a reseñar las principales cinco mutaciones económicas y sociales generadas en tales años, si seguimos el esquema propuesto al respecto por Spyropoulos⁽²³⁾:

3.2.1.1 Cambios económicos.

En las tres últimas décadas, se ha producido un conjunto de **cambios económicos y productivos**, que se reflejaron en el mercado de trabajo en una reestructuración ocupacional caracterizada por una permanente progresión del subempleo y desempleo. El derrumbe de los sectores industriales fordistas que producían bienes estandarizados en masa, o de los procesos de consolidación de una industrialización tardía, afectó directamente a la inserción internacional de las economías y reestructuró la organización productiva, cada vez más basada en el sector servicios y en empresas de pequeño tamaño.

En América Latina, y en el Perú especialmente, estas transformaciones en la estructura productiva se han desarrollado en un contexto de severas políticas de ajuste, privatizaciones y reestructuraciones empresariales, que han incrementado el desempleo, han generado un *boom* del sector informal y del trabajo precario, marcando un importante descenso de los niveles de vida. Así tenemos que en el Perú de fines de los 90, el 51.2% de la mano de obra es trabajo clandestino⁽²⁴⁾, el 9% corresponde a encubrimiento de relaciones laborales vía locación de servicios, el 2% se encuentra en los deslaborizados convenios de formación juvenil o prácticas preprofesionales, y similar cifra en el trabajo familiar no remunerado, generando como consecuencia que dos tercios de los asalariados se encuentren fuera del ámbito del Derecho del Trabajo, y, por tanto, también de la posibilidad de organizarse sindicalmente. Esta situación refleja el contexto desfavorable en el cual se desarrollan las relaciones laborales en el Perú, donde el desempleo a nivel nacional urbano se situó en el 8% en 1999 y el subempleo total en el 43.5%. Además de ello el sector informal ha crecido en Lima Metropolitana del 46% en 1990 al 58% en 1999⁽²⁵⁾, lo que demuestra que la flexibilización no logró sus metas de formalización de las relaciones laborales, sino que reforzó las señales de precarización en el mercado de trabajo.

Cuadro 1
Perú Urbano: Asalariados por Modalidad de Contratación (1996-1997)

| | Permanente | Eventual | Modalidad de Contratación | | | | Comisión Destaj. Hon. Prof. | Total |
|-------------|------------|----------|---------------------------|-------------------|--|----------------------------|-----------------------------|-------|
| | | | Sin contrato | Periodo de prueba | F.L.J. P.P.P. Cont. Aprend. Practic. (1) | Servicios Especiales Coop. | | |
| Perú Urbano | | | | | | | | |
| 1996 | 20.7 | 28.5 | 39.9 | 0.7 | 1.8 | 3.9 | 4.3 | 100.0 |
| 1997 | 18.6 | 14.9 | 51.2 | 0.6 | 2.2 | 3.5 | 8.9 | 100.0 |

3.2.1.2 Cambios tecnológicos.

La "tercera revolución industrial"⁽²⁶⁾, que irrumpió en los años 80, ha agregado un señalado proceso de cambios vinculados a las nuevas tecnologías

que afectan los conceptos de trabajo y que han traído un descenso de los obreros típicos, la aparición del trabajador polifuncional y el incremento de modalidades contractuales atípicas como el tiempo parcial.

(23) SPYROPOULOS, Georges. *El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras*. En: *Relasur*. Montevideo. No. 4, 1994. pp. 82-84.

(24) El que si bien se presenta mayoritariamente en el ámbito de la microempresa, también se encuentra en todos los niveles de la estructura empresarial en los siguientes porcentajes, según los datos de la Encuesta de Niveles de Empleo del MTPS en 1997: el 84% en empresas de 2 a 4 trabajadores, el 54% en empresas de 10 a 19 trabajadores y el 15% en empresas de más de 100 trabajadores.

(25) Informe Laboral No. 162, Julio, 1999.

(26) MARIUCCI, Luigi. *La contrattazione collettiva*. Bolonia: Il Mulino, 1985. p. 15.

Para revisar los impactos de las nuevas tecnologías sobre el mercado de trabajo, se ha examinado la información relacionada con los grupos ocupacionales en Lima Metropolitana, ámbito donde puede hacerse un balance de los ocho primeros años de la década de los noventa. Los primeros resultados pueden ser vistos en el Cuadro 2, que resume la evolución entre 1990 y 1998 de la PEA ocupada según esta variable. Entre los grupos ocupacionales que más incrementaron su participación se encuentran: los trabajadores de los servicios (+8.0 puntos), los profesionales y técnicos (+6.1), los obreros y jornaleros (+2.3) y los conductores (+1.9). Entre los que más redujeron su participación en la estructura ocupacional están: los artesanos y operarios (-10.1 puntos), los gerentes, administradores y funcionarios (-2.7), los empleados de oficina (-2.5), los vendedores (-2.5) y los agricultores (-1.1). En el caso de los trabajadores del hogar, no hubo alteraciones importantes, continuando alrededor del 5% de los ocupados.

Cuadro 2
Lima Metropolitana: Evolución de los Grupos Ocupacionales 1990-1998

| | 1990 | 1998 | 1990-1998 |
|-----------------|------|------|-----------|
| Profesionales | 13.4 | 19.6 | 6.1 |
| Gerentes | 3.5 | 0.9 | -2.7 |
| Empl. Oficina | 12.6 | 10.1 | -2.5 |
| Vendedores | 26.2 | 23.7 | -2.5 |
| Agricultores | 1.4 | 0.3 | -1.1 |
| Mineros | - | 0.0 | - |
| Artesanos | 25.7 | 15.7 | -10.1 |
| Obreros | 1.0 | 3.3 | 2.3 |
| Conductores | 4.0 | 5.9 | 1.9 |
| Trab. Servicios | 6.9 | 15.0 | 8.0 |
| Trab. Hogar | 5.1 | 5.4 | 0.3 |
| Total | 100 | 100 | 0.0 |

Fuente: MTPS/INEI. ENAHO. Compendio Estadístico, 1999.

3.2.1.3 Cambios en la composición de la PEA.

El nuevo paradigma productivo ha traído consigo una contracción del empleo en la industria y agricultura, acompañada de una expansión del sector servicios, del ingreso masivo de la mujer al mercado laboral y del aumento del trabajo atípico y precario. Respecto a la incorporación femenina a la actividad económica, hay que señalar que durante los años 90 se

presentó un incremento de más del 50% en el número de mujeres activas. Asimismo, también se ha producido una disminución importante de la empleocracia pública, pues como se nota en el Cuadro 3, los asalariados públicos reducen su participación en el total de ocupados del 11.3% en 1990, al 8.6% en 1998. Este es el ámbito en el cual se desarrolló la principal actividad sindical a lo largo de los años 80, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Cuadro 3
Lima Metropolitana: Asalariados Públicos y Privados

| % Sobre Total Ocupados | 1990 | 1998 |
|-------------------------|-------|-------|
| Trabajador asalariado | 54.1 | 54.1 |
| Privado | 42.8 | 45.5 |
| Público | 11.3 | 8.6 |
| Total Población Ocupada | 100.0 | 100.0 |

Fuente: MTPS/INEI. ENAHO. Compendio Estadístico, 1999.

3.2.1.4 Nuevas actitudes y comportamientos ante el trabajo y la vida laboral.

La etapa final del siglo pasado también encuentra una población con un mayor nivel educativo y la hegemonía del "pensamiento único", como muy gráficamente llama Estefanía⁽²⁷⁾ al neoliberalismo imperante en esos años. Este enfoque trajo consigo una revaloración absoluta del éxito individual, con el consiguiente desapego y hasta disgusto respecto de formas asociativas que permitan una consecución colectiva de metas.

Lo anterior puede ser ilustrado tomando en consideración la inserción sectorial por nivel educativo de la PEA ocupada. Como se había señalado anteriormente, el empleo en el área urbana del país es principalmente terciario, pues aproximadamente el 72% de la PEA ocupada labora en este sector. En este contexto, a mayor nivel educativo es más significativa la proporción de trabajadores que laboran en este sector terciario, aunque se suele asociar este sector con bajos niveles de productividad, por estar vinculado en gran parte generalmente al sector informal de la economía⁽²⁸⁾. Respecto a la inserción a nivel sectorial, es importante señalar que a mayor nivel educativo es menor la participación en la actividad comercial y mayor la participación en los servicios. En este contexto, en los

(27) ESTEFANÍA, Joaquín. *En contra del pensamiento único*. Madrid, 1998.

(28) Ministerio de Trabajo y Promoción Social. *Boletín de Economía Laboral*. No. 15, Enero, 2000.

niveles educativos más altos es mayor la proporción de trabajadores que laboran en los servicios brindados a empresas y, en los servicios comunales sociales y recreacionales.

3.2.1.5 *Mundialización de la economía.*

Finalmente, no se puede obviar el fenómeno de mundialización de la economía que se expresa fundamentalmente en el intercambio financiero sin barreras nacionales, la expansión de las multinacionales y la multiplicación de los procesos de integración, que traen consigo cambios en la escena laboral que también tienen un impacto directo en el terreno de la representación sindical, que ahora tiene que plantearse, como ya lo está haciendo en el MERCOSUR, por ejemplo, un ámbito de actuación regional.

3.2.2 El impacto negativo de la reforma laboral en lo individual y del continuismo en lo colectivo.

A inicios de la década pasada, la regulación laboral fue sustituida casi íntegramente tanto en la esfera individual, cuanto en la colectiva⁽²⁹⁾, con signos distintos pero enfocados en la misma dirección: en la primera de las esferas hubo una reforma laboral desreguladora y desprotectora, en la que el Estado renunció a su función compensadora derogando una serie de normas o disminuyendo a mínimos la regulación legal, con lo que “amplió los márgenes de decisión empresarial”⁽³⁰⁾ en tales parcelas normativas. En la segunda, se mantuvo el modelo histórico de regulación intervencionista y restrictivo, sólo que ahora regulando sistemáticamente por primera vez (y con una norma de rango legal) los tres institutos fundamentales del Derecho Colectivo del Trabajo. Las consecuencias de ambas vías caminaron en la misma dirección: una mucho mayor desprotección de los trabajadores como consecuencia de la individualización de la fijación de condiciones de trabajo, en función del significativo retiro estatal de la regulación laboral, de la flexibilidad importante de las normas restantes y de la reducción a mínimos de la tutela colectiva.

En el plano individual, las medidas concretas que se adoptaron giraron alrededor de un incremento

muy significativo de las posibilidades de contratación temporal y de intermediación laboral (cooperativas y *services*), de la ampliación casi ilimitada del poder directivo empresarial, especialmente del *ius variandi*, de la desaparición de la estabilidad laboral, que se sustituyó fundamentalmente por una sanción económica contra el despido arbitrario⁽³¹⁾, de la participación en la empresa, de la jornada y descansos. Y todos estos temas, además de sus consecuencias en la precarización del empleo, tienen un impacto directo en el terreno de la libertad sindical, habida cuenta que postergan definitivamente cualquier intención de los trabajadores de afiliarse o constituir un sindicato, en la medida en que tales actos conducen irremediablemente a una pérdida del puesto de trabajo, lo que es un costo sumamente alto en nuestra actual coyuntura.

En el plano colectivo, no hubo reforma alguna sino más bien continuismo con la regulación precedente, caracterizada por un acentuado intervencionismo estatal de corte claramente restrictivo. Yendo contra el mandato constitucional que le ordenaba al Estado garantizar la libertad sindical (y fomentar la negociación colectiva), nuestro legislador, con una lógica invertida⁽³²⁾, optó por no cumplir con aquello a que estaba obligado (garantizar un ejercicio efectivo del derecho: tutelar y dar facilidades) e hizo lo que le estaba vedado: regular detallada y restrictivamente todos los temas vinculados al surgimiento y actuación de los sindicatos, que pertenecen a la esfera de autonomía colectiva. Se dejaron de lado las razones jurídicas que llevaban a una regulación de fomento o promoción de los derechos colectivos y las razones de eficiencia económica e interés público que los informan para plasmar nuevamente la visión autoritaria y excluyente de las relaciones laborales, que ve al sindicato como un enemigo al que hay que presentar todos los obstáculos posibles para su surgimiento y desenvolvimiento.

Así tenemos que las principales características generales de la regulación legal son: es una regulación legal y la llevó a cabo el Poder Ejecutivo a través de un Decreto Ley que se dictó en julio de 1992 (3 meses después del golpe del 5 de abril), no fue negociada con los actores del sistema de relaciones laborales, por primera vez trató sistemáticamente los 3 institutos

(29) NEVES MUJICA, Javier. *Balance de la reforma laboral*. En: *Asesoría Laboral*. No. 120, 2000. p. 9.

(30) También hubo reformas muy trascendentales en el ámbito de la Seguridad Social, que por las características de este trabajo no son analizadas.

(31) También existe la figura del despido nulo, pero no se lo ha dotado del andamiaje procesal necesario para tener una vigencia de alguna importancia.

(32) Como demostración gráfica de lo aquí sostenido, se puede resaltar que sólo 3 de los 40 artículos dedicados a la configuración del sujeto sindical están dirigidos a su tutela, en tanto que los otros 37 se dedican a reglamentar y establecer los límites de esta configuración.

principales que conforman la autonomía colectiva (cuya condensación jurídica es la libertad sindical, en feliz frase de Ermida), no se inscribe en la tendencia latinoamericana hacia el impulso de la autonomía colectiva (Uruguay, Brasil, Venezuela, República Dominicana y Paraguay), en cambio, sí se ubica plenamente en el modelo autoritario, reglamentarista, controlista y restrictivo que caracterizó a los regímenes latinoamericanos.

En lo que hace a las observaciones específicas que se le puede formular a la regulación de las relaciones colectivas en el Perú, resumiremos simplemente las presentadas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, a las que agregaremos una de especial impacto en el ámbito del universo sindicalizable en el Perú.

En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha cuestionado sin paliativos (casos 1648 y 1650)⁽³³⁾:

a) La posibilidad de cancelación administrativa del registro sindical, que en la práctica se viene dando incluso a solicitud del empleador.

b) El requisito de haber superado el período de prueba para poder ser miembro de un sindicato.

c) La restricción de los fines de las organizaciones sindicales.

d) La imposición de la afiliación única que impide una pertenencia simultánea a un sindicato de empresa y de rama de actividad.

e) La exigencia de una antigüedad de un año para ser dirigente sindical.

f) La obligación de renegociar convenios colectivos vigentes.

g) La lista amplísima de servicios esenciales que excede a aquellas actividades cuya suspensión pone en peligro la vida, salud o seguridad de todo o parte de la población.

h) La posibilidad de ordenar la reanudación de labores por el Poder Ejecutivo en determinadas huelgas.

i) El conjunto de modalidades de huelga calificadas como irregulares, que sólo podrían convertirse en tales si es que perdieran su naturaleza pacífica.

j) La intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo en la determinación de los servicios mínimos.

k) El requisito de mayoría absoluta de los trabajadores de la unidad en conflicto para adoptar acuerdo de huelga.

Además de ello, queremos resaltar que también tienen impacto directo en vigencia de la libertad sindical los requerimientos de número mínimo de adherentes que se exigen para constituir una organización sindical, según los cuales se debe afiliarse al menos a 20 trabajadores si se trata de constituir un sindicato de empresa, y si se trata de un sindicato de otro tipo el número mínimo se eleva a 100 trabajadores.

Como se ha llamado la atención⁽³⁴⁾, el requisito de acreditación de un determinado nivel de afiliación, al margen de que éste sea elevado o reducido, posee no pocos inconvenientes que lo hacen desaconsejable: (i) alienta maniobras empresariales dirigidas a impedir su alcance o mantenimiento por parte del sindicato, (ii) su constatación genera un conjunto de exigencias que dificultan el libre ejercicio de la actividad sindical, puesto que, por lo pronto, convierte en una necesidad hacer pública la afiliación sindical del trabajador, colocándolo así como posible



(33) Véase, al respecto, los párrafos No. 454, 456, 457, 462 y 464 a 468 (Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*).

(34) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley 25593)*. En: VV.AA. *¿Quo Vadis Jus?. Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ricardo La Hoz Tirado*. Lima: UNMSM, 1994. pp. 267-268.

blanco de represalias empresariales y, (iii) conduce a conceder a la Autoridad de Trabajo facultades en materia de control del número de afiliados, al amparo de las cuales pueden producirse claras injerencias en la autonomía de los sindicatos (señaladamente, la facultad de cancelar el registro sindical que establece el artículo 20 LRCT).

Ya en el terreno del análisis del impacto del volumen de afiliación exigido para fundar un sindicato, la OIT ha cuestionado reiteradamente el número mínimo de 100 componentes como excesivo⁽³⁵⁾, pero hasta el de 20 que *a priori* no parece excesivo (y así lo ha señalado el Comité de Libertad Sindical), resulta desmesurado en la actual realidad peruana, puesto que, a la vista de los datos estadísticos proporcionados por la Encuesta de Hogares del Ministerio de Trabajo para Lima Metropolitana, nos encontramos con que para 1996 el 14.4% de la PEA ocupada trabajaba en empresas con 20 o más trabajadores⁽³⁶⁾. Ello lleva a que la población sindicalizable sea aun menor, puesto que a esta cifra habría que restarle los trabajadores en período de prueba y los cargos directivos que laboran en empresas con 20 o más trabajadores.

A partir de ello, no se puede sino coincidir con las apreciaciones formuladas en el minucioso e interesante trabajo de Canessa, cuando, comparando el 31.7% de 1990 con el 14.7% de 1996, sostiene que “se trata de una caída abismal de la población sindicalizable”⁽³⁷⁾, que lleva a que actualmente “de cada diez trabajadores que laboran en Lima Metropolitana sólo uno puede sindicalizarse”.

Sin embargo, hay que dejar en claro que el problema principal no se resuelve simplemente reduciendo al mínimo el requisito para constituir sindicatos (2 trabajadores para cualquier tipo de sindicato), ya que con ello tan sólo estaríamos garantizando la posibilidad que surja un archipiélago de microsindicatos tan numeroso que haría absolutamente irracional e inmanejable al sistema de relaciones laborales. El reclamo de acabar con requisitos numéricos (cuyo origen es la constante lucha por levantar los obstáculos legales y que el Estado deje a los titulares de la libertad sindical el derecho a decidir por sí mismos lo

que consideren más necesario en el campo fundacional), debe venir acompañado de la generación de un significativo espacio para la actuación de los sindicatos sectoriales, para lo cual es imprescindible una radical reforma de la LRCT en el terreno de los requisitos para negociar a este nivel, en la medida en que actualmente son de imposible cumplimiento, y si no hay posibilidad negocial tampoco habrá necesidad de contar con sindicatos de rama de actividad.

A la luz de todos estos datos, parece evidente el papel protagónico que ha jugado el legislador en el terreno de la minimización de la vigencia y aplicación de la libertad sindical en el Perú.

3.2.3 Los factores endógenos del sindicalismo peruano.

Finalmente, otro componente de la crisis del sindicalismo peruano lo encontramos en el campo interno de las organizaciones que lo componen, en donde se ha podido constatar sintéticamente, como resalta Neves⁽³⁸⁾, una gestión poco democrática y, a veces, ineficiente, una falta de renovación de cuadros directivos, una manipulación inaceptable de los partidos políticos, una incapacidad para brindar servicios adecuados a sus afiliados y una falta de adaptación a contextos en los que los márgenes de distribución de beneficios económicos se estrecharon por las graves dificultades económicas que atraviesa nuestro país en las últimas décadas y por las políticas neoliberales adoptadas para enfrentarlas.

4 Irreversibilidad de la crisis o insustituibilidad del sindicalismo: la necesidad de la promoción de la libertad sindical como expresión del interés público.

Una vez expuestos todos los elementos que fundamentan la razón de ser de la libertad sindical y que han conducido a la crisis actual del sindicalismo, hay que utilizar la balanza y formular alguna conclusión desde la óptica del interés público en la que se ponderen todos estos elementos.

(35) Específicamente en el caso de la LRCT, el Comité ha solicitado que se reduzca su número, en consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores (Pronunciamiento en casos 1648 y 1659, punto a, párrafo i, COYUNTURA LABORAL, 1994, No. 86; p. 24). Anteriormente, en el Memorandum que la OIT remitió al gobierno peruano tras examinar el proyecto de la LRCT sostuvo que el número mínimo de 100 trabajadores resultaba excesivo puesto que “podría restringir la organización sindical en ciertos sectores económicos”, por lo que sugería que fuera similar al exigido para constituir sindicatos de empresa (20).

(36) CANESSA Montejo, Miguel. *La flexibilidad laboral en el Perú 9 años después*. En: *Asesoría Laboral*. No. 100, 1999. p. 15.

(37) Véase: *Ibid.*; p. 15.

(38) NEVES MUJICA, Javier. Op. cit.; pp. 128-129.

Al respecto, podemos comenzar señalando que el trabajo subordinado seguirá siendo en el futuro un componente esencial de la vida humana, un medio de realización y de consecución de los recursos necesarios para solventar el día a día, siendo que las modalidades atípicas y postmodernas, como el teletrabajo involucran a un muy reducido sector poblacional. A partir de ello, se puede constatar desde nuestra realidad que las funciones referidas en el punto 3.1 de este trabajo mantienen plenamente su vigencia, sin haber podido ser sustituidas por ningún otro instrumento que permita alcanzar cuotas de igualdad, redistribución, funcionalización del conflicto industrial, regulación versátil y apropiada para el variadísimo universo productivo y presencia de los intereses generales económicos y sociales de los trabajadores a nivel de las políticas estatales.

En este terreno, más bien, la representación colectiva en las sociedades más integradas viene ganando espacio, puesto que ha salido ya del terreno de la fijación de las condiciones de trabajo (“función de compraventa de la negociación colectiva”), para ingresar al terreno macro de establecer las coordenadas sobre los que se ejercerá el propio edificio negocial, fijando a través de “Acuerdos Marco” la estructura de la negociación colectiva, los titulares de la misma, los contenidos negociales en cada unidad y las reglas de competencia correspondientes, los criterios de solución de conflictos de concurrencia, de aplicación o interpretación, etcétera (“función gubernamental”). Asimismo, también viene ampliando su papel en el terreno de adaptación del factor trabajo a la organización del trabajo y a la inversa, o de actuación de la empresa como sujeto económico⁽³⁹⁾ (“función organizacional”), abordando temas como inserción de nuevas tecnologías, políticas de personal, sistemas de organización del trabajo, estrategias competitivas, etcétera. Así, señala la OIT que, “además del papel tradicional de mecanismo regulador de las relaciones

de trabajo, la negociación colectiva tiene cada vez más peso en la mejora de la competitividad y productividad en la empresa”⁽⁴⁰⁾, destacando las ventajas de la norma colectiva frente a otros métodos de introducir cambios, tales como la modificación de los contratos de trabajo, la voluntad unilateral del empleador o la regulación legal (legitimidad de las medidas tomadas y mayor adaptabilidad y flexibilidad respecto de los cambios, el ritmo y la forma de introducirlos).

Todo ello nos hace compartir la conclusión respecto a “que el papel de la negociación colectiva hoy día es, por tanto, muy distinto al que tenía a principios de siglo, y es de esperar que su importancia aumente durante el próximo milenio”⁽⁴¹⁾.

Asimismo, en Europa existe en la actualidad una tendencia a sustituir el “modelo de negociación colectiva estática”, caracterizada por la existencia de negociaciones sólo cuando se ha de sustituir un convenio colectivo, tras lo cual desaparecen las comisiones negociadoras hasta la decadencia de este nuevo acuerdo, por el “modelo de negociación colectiva dinámica” (de origen inglés)⁽⁴²⁾, que implica la existencia permanente de una comisión paritaria que va más allá del momento formal de la estipulación ocupándose de la administración del convenio colectivo y de su modificación cuando las circunstancias así lo ameriten⁽⁴³⁾. Asimismo, ya se ha resaltado la corriente latinoamericana de impulso y promoción de la autonomía colectiva.

En lo que hace a los distintos cambios en el mundo del trabajo que estarían cuestionando la vigencia de la representación colectiva, bien es cierto que no pueden soslayarse, pero también hay que dejar constancia que no son ni tan significativos cuantitativamente, ni tan intensos cualitativamente como para afectar de manera esencial el carácter conflictivo y desigual de la mayoría abrumadora de las relaciones de trabajo y, por tanto, la necesidad preteroria de canalizar y funcionalizar este

(39) Por ello es que esta función se plasma especialmente a nivel de la empresa.

(40) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La negociación colectiva...*, p. 17.

(41) *Ibid.*

(42) Y este fenómeno se sustenta en las mayores ventajas del modelo dinámico, en la medida en que según Windmuller (WINDMULLER, John P. Op. cit.; p. 88.) “aparte de su continuidad, cuyo valor es considerable, los sistemas permanentes suelen ofrecer a las partes un incentivo para emprender una investigación conjunta de cuestiones de interés común, pues se espera que el resultado constituya una base pactada para la negociación. Los sistemas permanentes pueden también ser útiles para la aplicación conjunta de los acuerdos, especialmente cuando no existen o existen solamente en un Estado rudimentario, otros dispositivos adecuados para aplicar el convenio, como podría ser un procedimiento conciliatorio. Además, según la calidad de la relación entre las partes, los sistemas permanentes pueden convertirse en instrumentos que permitan abordar conjuntamente los problemas que se hallan fuera de los límites usuales de la negociación colectiva”.

(43) Respecto de los modelos estático y dinámico de negociación colectiva así como de la corriente de dinamización que existe en la actualidad, véase: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Los Acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*. Granada: Comares, 1998. pp. 26-28.

conflicto desde equilibrarlas, por lo que creemos que no pueden llevar a condenar al movimiento sindical a ser una pieza de museo. Evidentemente, la composición de nuestro tejido productivo, con presencia resalante de pequeñas y medianas empresas, la dimensión del sector informal, el crecimiento del sector servicios, la incorporación de la mujer al mercado laboral, requieren de una respuesta organizativa *ad hoc*, de un sindicalismo *prêt-a-porter*, para cuya materialización se requerirá un ambiente político y social con un grado de consenso muy grande.

En lo que hace a los cuestionamientos endógenos de la representación sindical, no se puede negar su pertinencia, pero creemos que no afectan el meollo de la razón de ser de los sindicatos, pero su enfrentamiento tiene que convertirse en una tarea prioritaria a la que, desde una total autonomía que sólo tenga como límite el respeto al principio democrático constitucionalmente exigido, deben dedicar una especial atención. En tal sentido hay que actualizar sus objetivos, estrategias y tácticas, revisar sus estructuras actuales impulsando la sindicación sectorial y fortalecer su representatividad a partir del establecimiento de mecanismos que permitan una vinculación directa entre base y dirigentes y un control efectivo de ésta respecto de aquéllos.

De lo visto, resulta evidente que en el Perú los elementos centrales en la reducción de lo sindical a su mínima expresión, están vinculados principalmente con el carácter autoritario y excluyente de nuestra sociedad, tanto a nivel político económico y social, que ha generado una legislación y unos comportamientos estatales y empresariales dirigidos a reducir a su mínima expresión o desaparecer la representación colectiva de los trabajadores. Bajo una visión patológica del conflicto laboral y miope, que no permite ver la realidad sin distorsiones interesadas y darle a los sujetos sociales el lugar que le corresponde en la construcción de largo aliento de una sociedad y un Estado integrado y democrático, respectivamente, se ha trazado un sistema social y de relaciones laborales inviable históricamente.

Afortunadamente, estamos saliendo de la dictadura e iniciando un nuevo período de democracia política, a partir del cual ojalá dejemos de ser el país de las oportunidades perdidas, y emprendamos la construcción seria y responsable de un sistema de relaciones laborales

donde la libertad sindical pueda desarrollar su máxima virtualidad en los terrenos representativo, compensador, normativo, pacificador, de aplicación del Derecho del Trabajo y de cohesión social, para lo cual se requiere que seamos capaces de encontrar un consenso militante respecto al restablecimiento del justo medio en la relaciones individuales de trabajo y para la promoción y el fomento de la libertad sindical como instrumento a través del cual se expresa intensamente el interés público.

Respecto a la dirección que debe la legislación en la materia, debemos comenzar señalando que es imprescindible, como mínimo, tomar en cuenta los cuestionamientos de la OIT a la legislación vigente, además de emprender una vigorosa regulación de fomento de la negociación colectiva. Sobre el particular, en lo que hace a la 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, 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 Pérez Luño, “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⁽⁴⁴⁾”, anticipando de este modo “el horizonte emancipatorio a alcanzar⁽⁴⁵⁾” y llevando a que el Estado juegue un activo rol promotor de estos derechos, como ya lo anticipara Bobbio⁽⁴⁶⁾.

Para ello hemos de tener en cuenta que aquí la actuación del Estado dirigida a tutelar y promover la

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

(45) *Ibid.*

(46) BOBBIO, Norberto. *Sulla funzione promozionale del diritto*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1969. p. 1323.

libertad sindical es, como señala Ermida⁽⁴⁷⁾ 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⁽⁴⁸⁾, 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’⁽⁴⁹⁾”.

Todo ello se ve reforzado en nuestro ordenamiento jurídico, donde **el propio texto constitucional expresamente le impone al Estado (a todos los poderes que lo integran) la obligación de garantizar la libertad sindical** (artículo 28.1), 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. ㄷ

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

(48) *Idid.*: pp. 23-24.

(49) Por ello, Sanguinetti (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales*. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993. p. 19) 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.