

LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA LIBERTAD SINDICAL EN AMÉRICA LATINA: LOS PLANOS ORGÁNICO Y TUTELAR

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS⁽¹⁾

I. MARCO DE REFERENCIA

A la luz de la dimensión del tema, y con la finalidad de partir de un marco general de referencia, comenzaremos por presentar las líneas medulares en que asentamos nuestra reflexión, para luego ingresar al análisis concreto de las diversas manifestaciones de la intervención estatal en los planos orgánico y tutelar.

La **primera línea medular** es que la libertad sindical, que no es más que la condensación jurídica de la tutela colectiva, es una institución multifuncional y caleidoscópica que cumple un papel decisivo en los procesos de producción y distribución de la riqueza y de asignación y ejercicio del poder. En tal sentido, ha trascendido el ámbito de las relaciones laborales para convertirse en un componente esencial del Estado Constitucional de Derecho, en un instrumento clave de equilibrio social y económico, en la medida en que le permite cumplir un fin central: la consecución de cuotas cada vez mayores de igualdad sustancial.

Sin embargo, en la actualidad hay corrientes especialmente agresivas, sobre todo en los países más liberales como Chile, Colombia o Perú, que venden la idea de que este derecho fundamental es una antigualla, una pieza de museo a la que habría que jubilar de una buena vez por inútil. Para responder esta pregunta

(1) Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, profesor de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

hay que buscar referencias en las opiniones de los que se encuentran en las atalayas más elevadas. No cabe ninguna duda de que los veinte destacados académicos que forman la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encuentran en tal élite y tenemos la suerte de contar con el recientísimo Estudio General sobre los Convenios Fundamentales, que presentaron en junio del año pasado en cuyo primer párrafo referido al CIT 87 afirman:

“La libertad sindical es esencial para la búsqueda de la justicia social en el proceso de globalización y está estrechamente vinculada con todos los demás derechos fundamentales a los que se refiere este Estudio General. Se trata de un derecho humano fundamental de alcance universal, indispensable para el ejercicio de otros derechos. Es un proceso, dotado de un contenido sustantivo, que permite por medio de acciones colectivas, tomar medidas para combatir el trabajo forzoso, proteger a los menores de abusos y adoptar medidas contra la discriminación y en favor de la igualdad que benefician a todos. La libertad sindical está en la esencia de la democracia, desde la base hasta lo más alto de la cúspide del poder” (OIT, 2012, p. 17).

Qué duda cabe que el maestro Óscar Ermida Uriarte también es un referente obligado y en su último trabajo afirmaba rotundamente que:

“es que si hubiera que elegir uno solo de los derechos humanos laborales, habría que escoger la libertad sindical, porque con ella existe al menos la posibilidad de crear los otros derechos o algunos de ellos. La inversa no se da. Se puede reconocer la limitación de la jornada o el descanso semanal o el derecho de vacaciones, sin que ello genere el surgimiento de otros derechos. En cambio, el reconocimiento –y sobre todo el ejercicio– de la libertad sindical si tiene esa potencialidad creativa de los otros derechos, tanto que así fue como nacieron algunos de los otros derechos laborales y el derecho laboral mismo” (Ermida, 2012, p. 36).

Como **segunda línea medular**, debemos apuntar que estamos ante un derecho muy complejo insuperablemente descrito por Romagnoli cuando afirma que:

“la libertad sindical es una fórmula lingüística abreviada de la que nadie podía sospechar su exuberancia. La libertad sindical engendra el derecho a regular las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva y el derecho a condicionar su dinámica recurriendo a

la huelga. Engendra el derecho al pluralismo organizativo y concurrencial a la vez que el derecho al autogobierno del mismo. Engendra el derecho de los individuos a ejercitarla (la así llamada libertad positiva) junto a la de no ejercitarla (libertad negativa) y los derechos del sindicato a la vez que los derechos de los representados dentro del sindicato y respecto de él” (Romagnoli, 2006, p. 18).

Involucra, por lo tanto, distintos binomios indisolubles, individual/colectiva, positiva/negativa, de organización/de actividad, que debemos tener presente pero sin perder de vista que se nos ha solicitado que el centro de la exposición repose en las dimensiones orgánica y tutelar.

Al respecto, debemos dejar indicado que el más relevante instituto de atribución de poder y equilibrio social de nuestras democracias, la tutela colectiva, funciona de manera sistémica: tiene como presupuesto la creación libre de sujetos colectivos, a la negociación colectiva como medio de expresión y a la huelga como garantía de eficacia. Por lo tanto, si bien podemos dividir este derecho a efectos de estudiarlo con más acuciosidad, debemos afirmar que puestos en acción sus tres componentes (auto-organización, auto-regulación y auto-tutela) no solo son inescindibles sino que deben poder materializarse efectivamente, ya que se trata de un trípode que para tenerse en pie requiere no solo de sus tres patas sino también de que ninguna sufra restricciones sensibles. Entonces, a pesar de que a pedido de los organizadores el foco va a estar centrado en el ámbito orgánico, habrá más de una ocasión en la que nos referiremos a sus otros dos componentes esenciales, porque en realidad la parte orgánica o estática de la libertad sindical tiene una función de soporte del objeto de la tutela colectiva, que es la actividad de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

Como **tercera línea medular** queremos dejar sentado que el rol del Estado frente a la libertad sindical ha sido y sigue siendo no solo diverso, sino que es una tradicional zona sísmica del Derecho del Trabajo, para usar los términos de Veneziani (1992, p. 67), con movimientos permanentes de fronteras. En virtud de lo expuesto, hay modelos de *abstention of law* y modelos fuertemente intervencionistas, siendo el signo de la presencia estatal también variado, puesto que puede ser restrictivo o promocional, existiendo, por cierto muchas variedades intermedias o mixtas.

La definición del rol del Estado en materia de libertad sindical no depende de la opinión de nadie, por importante que sea, y no es una materia de libre disposición para quienes ejercen el poder. El rol del Estado lo debemos encontrar, en primerísimo lugar, en las normas constitucionales, habida cuenta que la llegada del siglo XXI puede verse un periodo de sustitución de nuestros Estados Legales

de Derecho o “legicentristas” –para utilizar la expresión de Prieto Sanchís (1998, p. 16)–, por los respectivos Estados Constitucionales de Derecho, con todo lo que ello significa en el ámbito de un fuerte proceso de revisión de todas las disciplinas jurídicas, que tienen que pasar ahora por el tamiz de la norma suprema y su fuerte impronta en materia del principio de *fuerza inmediatamente vinculante de los derechos fundamentales* (Hesse, 1995, p. 57).

En este contexto, partamos de la constatación de que estamos ante un derecho fundamental unánimemente reconocido por las constituciones latinoamericanas, y ello trae consigo necesariamente un conjunto de garantías negativas, dirigidas a la remoción de todos los obstáculos que puedan impedir o entorpecer su ejercicio y positivas, que implican la necesaria actuación estatal dirigida a construir el andamiaje necesario para asegurar su efectividad y que así este derecho pueda cumplir la finalidad para la que ha sido concebido; garantías que llevan a revisar toda la actuación estatal en clave promotora, no solo legal y no solo de libertad sindical, dado que hay muchas normas precarizadoras que impactan directamente en la libertad sindical que también deben ser revisadas.

A mayor abundamiento, la esfera positiva tiene además, mandatos explícitos en diversas constituciones latinoamericanas en los que se ordena garantizar o promover el derecho a organizarse en sindicatos a quien ejerza el poder público (art. 159 de la Constitución de Bolivia, art. 326.7 de la Constitución de Ecuador, art. 28.1 de la Constitución de Perú, y art. 57 de la Constitución de Uruguay). A ello habría que agregarle lo dispuesto por el artículo 11 del Convenio 87 de la OIT, ratificado por todos los países latinoamericanos con la excepción de Brasil, que establece la obligación estatal de *adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar el libre ejercicio del derecho de sindicación*. Y esta confluencia entre normas *internacionales y constitucionales* alrededor de los derechos humanos, es otro de los signos de los tiempos, de gran trascendencia, en la medida en que el valor y la importancia jurídica de tales normas internacionales viene incrementándose no solo entendiéndose como absolutamente exigibles en los ordenamientos internos dado que todos somos monistas, sino porque es cada vez mayor el número de países latinoamericanos que les otorgan rango constitucional, como sucede con Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela o Perú.

Al respecto, hay que indicar que los convenios 87 y 98 son el núcleo duro de la regulación de estos derechos, dado que son los primeros en trascender el ámbito individual para reconocer también la titularidad colectiva y los que regulan con mayor detalle el haz de potestades vinculadas a este derecho. Además de ello, y con los ojos puestos en la intervención estatal en la tutela organización sindical, hay que indicar que las normas aludidas tienen en principio carácter y

dimensiones diversas según se trate del ámbito orgánico o tutelar. En el primer caso, se trata de una regulación dirigida a impermeabilizar la libertad sindical frente a las interferencias del Estado, estableciendo un régimen de autonomía máxima en el nacimiento, configuración y conducción de los sujetos colectivos, con un expreso y correlativo mandato de abstención estatal de cualquier conducta que pudiera limitar la libertad sindical reconocida o entorpecer su ejercicio legal. En cambio, en el plano tutelar, el marco normativo supremo ordena una intervención estatal tuitiva, tan intensa como sea necesaria, dirigida a proteger y facilitar el ejercicio del derecho, librándolo efectivamente de cualquier afectación en sí o en otros derechos laborales, que pueda sufrir un titular concreto del derecho por el hecho de ejercerlo.

A partir de ello, habíamos afirmado que en la dimensión orgánica la regulación internacional resulta prácticamente suficiente en la medida en que estamos hablando de espacios de máxima libertad frente a los cuales esta regulación busca cumplir únicamente una función de resistencia a las injerencias estatales en materia de creación y configuración del sujeto colectivo. En tal sentido, reglamentar el Convenio 87 es casi sinónimo de injerir indebidamente, en la medida en que la regla es que todas las materias están dejadas en manos de la autonomía sindical, salvo, de ser necesaria, una regulación mínima y formal sobre la obtención de la personería jurídica a través de un registro y las reglas de mayor representatividad, que deben ser pocas, sencillas y no dejar lugar a la discrecionalidad.

Sin embargo, ahora tenemos que matizar en alguna medida el mandato de abstención en el plano orgánico, por la irrupción de la globalización y su paradigma de descentralización productiva. La emergencia del empleador novatorio o fungible, o si se quiere el estallido de la empresa tradicional han puesto en jaque a las estructuras sindicales tradicionales, exigiendo su adaptación a la nueva situación. Y para lograr tal fin se requiere más que las iniciativas de auto-reforma sindical en que se encuentran inmersas la Confederación Sindical Internacional y la Confederación de Sindicatos de las Américas. Se necesita que el propio Estado se comprometa con medidas de fomento, estímulo o incentivo que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de organizarse a trabajadores de diversas contratistas, entre ellos o conjuntamente con los de la principal, lo mismo respecto de trabajadores autónomos o parasubordinados que participan en la cadena productiva. Solo así podremos salir del síndrome del 10 % como tope que no podemos superar en ningún país latinoamericano que no sea Argentina, Brasil y Uruguay, que no por coincidencia son los tres países que tienen sindicatos, negociación colectiva y huelga a nivel de rama o sectorial. Del mismo modo que se debe redefinir la figura del interlocutor empresarial para efectos colectivos, de manera que más

allá de la pluralidad de empresas participantes haya una contraparte en la que estén todos los que tienen que ver con las condiciones de trabajo de la cadena, con una predeterminación propia de los pesos en la representación.

En conclusión, si bien hasta hace poco tiempo bastaba con una mirada solo de garantías negativas, la situación de emergencia que vivimos nos conduce a plantear la necesidad de actuación estatal promoviendo formas de organización y actuación sindical que puedan permitir hacer frente al empresario difuso trastornando los postulados clásicos del Derecho del Trabajo y no solo en materia colectiva.

Como **cuarta línea medular**, debemos indicar que en la realidad los países latinoamericanos, con la honrosa excepción de Uruguay, manejan una lógica invertida respecto de las estipulaciones constitucionales que acabamos de tratar. Es decir, por regla general intervienen donde no deben y con un sentido contrario al mandado, pues han visto ordinariamente al sindicato como un sujeto bajo sospecha, al que hay que delimitarle muy claramente el estrecho campo en el que puede moverse, generando un modelo de relaciones laborales fuertemente intervenido pero con un claro signo restrictivo. Son muchas normas limitativas en las esferas de autonomía y muy pocas en las de tutela.

Las causas de esta situación son diversas y han sido ampliamente tratadas por la doctrina, y han dado origen a modelos muy descentralizados, que tienen a la empresa como eje, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, con una afiliación mínima que se ha visto además muy afectada por la descentralización productiva. Por estas razones, la conclusión principal de los debates de auto-reforma de la CSA indican que el principal empeño debe ser cambiar la tutela colectiva de empresa por la supraempresarial (rama, grupo de empresas, empresas en red), con las articulaciones que haga falta, pero con una mucho mayor cobertura y fuerza, habida cuenta del peso de la micro y pequeña empresa en nuestros países. Tema que no es nada fácil porque el status quo beneficia ampliamente al empresariado, cuya fuerza se ha visto muy acrecentada en las últimas décadas, al punto que están poniendo un jaque fuerte a la OIT en materia de huelga.

En este marco, además, tenemos todavía como asignatura pendiente el tránsito de un modelo intervencionista y restrictivo, a un modelo democrático de relaciones laborales, donde la presencia estatal deje el máximo espacio a la autonomía sindical, como esfera de auto-organización, y a la autonomía colectiva, como esfera de regulación y gobierno de las relaciones laborales, y siente presencia activa a través de un conjunto de garantías eficaces para el ejercicio de la actividad sindical individual y colectiva.

Esta tarea es tan ardua como urgente y hay que llevarla a cabo, ya se ha dicho, en medio de la vorágine de cambios introducidos por la globalización, la revolución tecnológica y los nuevos paradigmas de organización del trabajo, pero no hay que temerle ni correrle, porque así como la crisis económica ha sido una compañera histórica de nuestra disciplina, los cambios en la estructura y en la organización productiva también son permanentes y hay que ir tratar de ir dándoles respuesta metidos en el ojo mismo de la tormenta. No nos sirven las “posiciones inmovilistas” ni las que lo consideran al sindicato como una pieza de museo. En todo caso, sobre todos estos temas Palomeque recientemente ha dicho con autoridad que “los problemas han cambiado naturalmente, pero la necesidad de que la ordenación jurídica de las relaciones laborales adapte su respuesta compensadora de desigualdades al tiempo presente y a sus nuevos desafíos sigue siendo una exigencia permanente”, razón por la cual “la revitalización del sindicato y del sindicalismo como instrumento imprescindible para la tutela colectiva de los trabajadores y el progreso social del siglo XXI, también en las sociedades complejas contemporáneas, sigue siendo un objetivo inaplazable para la consecución de un sistema social cada día más libre y más justo” (2010, p. 29).

Como **quinta y última línea medular** debemos señalar que es más o menos común encontrar en las normas latinoamericanas que los derechos de creación y configuración de los sindicatos debe hacerse libremente pero “con la condición de sujetarse a la ley”, para decirlo en los términos del artículo 212 del Código de Trabajo de Chile.

Esta situación ha sido aceptada como expresión del *sentido común* relativo a que el ejercicio de cualquier derecho solo puede ser amparado cuando se ejerce conforme a derecho, en su versión doméstica. Y en nombre de tal *sentido común* las muchas legislaciones latinoamericanas establecen regulaciones que colisionan reiteradamente con las normas del Convenio 87 y que se aplican por encima de cualquier enjuiciamiento de validez. Hemos de decir al respecto, que esta situación no puede ser aceptada por los propios términos del artículo 9 del Convenio 87, que señalan:

“Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio”.

Hay que prestarle especial atención al segundo párrafo que viene a decirnos que así como hay que respetar la legalidad, esta debe respetar en su texto y en su aplicación las garantías previstas en el propio convenio. No estamos, pues, ante un mandato unidireccional de respeto de la legalidad, sino de uno bidireccional que conlleva un doble condicionamiento entre el ordenamiento nacional originario y el que tiene origen internacional pero se incorpora como norma interna a partir de la adopción del monismo como teoría adoptada unánimemente en América Latina.

Ello, además, viene absolutamente respaldado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cuando, tras establecer que los países deben cumplir de buena fe los tratados que ratifican (art. 26), agrega que no cabe alegar ninguna norma interna para justificar el incumplimiento de un tratado en vigor para un país (art. 27). Por lo tanto, debe quedar totalmente claro que la regla es en principio la contraria: la legalidad está en la obligación de respetar el tratado sin menoscabo de que en el ejercicio de los derechos involucrados se respete el ordenamiento jurídico en general; muestra de ello son los innumerables pronunciamientos de los órganos de control de la OIT respecto de leyes que infringen los derechos o su ejercicio a través de normas legales.

II. LA INTERVENCIÓN DEL SINDICATO POR LA LEY EN EL PLANO ORGÁNICO

Si tuviera que resumir en una frase este tema diría que este es el reino de la autonomía sindical, entendida como una esfera autárquica, no interferida, de autodeterminación, a partir de la cual un colectivo laboral da origen a un sujeto colectivo destinado a defender sus intereses y lo configura en un entorno de máxima libertad. Con explícita prohibición al Estado de cualquier intervención dirigida a limitar el derecho o entorpecer su ejercicio. Estamos, pues, en los ámbitos constitutivo y fisiológico, que vamos a presentar ordenados en dos bloques: la libertad de constitución, y la autonomía sindical propiamente dicha, que engloba a las libertades de reglamentación, de representación, de federación, de gestión y de disolución.

Alrededor de la libertad de constitución, hay diversos temas en donde la intervención estatal está presente: titularidad, tipología sindical y formalidades para el surgimiento del sujeto que pasamos a abordar a continuación.

1. Titularidad universal bajo mínimos

La titularidad de este derecho resulta la más amplia posible en la medida en que el artículo 2 del Convenio 87 lo reconoce a los trabajadores “sin ninguna distinción”, lo que significa que se reconoce el derecho a todos los trabajadores, con la sola excepción planteada por el artículo 9, que permite que los estados determinen el nivel de aplicación del convenio a los miembros de las fuerzas armadas y policiales. En América Latina la cuestión no es así, puesto que hay regulaciones nacionales que excluyen a magistrados, fiscales, defensores públicos, personal de dirección o de confianza, aprendices, migrantes, trabajadores del sector informal, autónomos. El tema más delicado se presenta cuando son las normas constitucionales las que amplían el rango de las exclusiones, como sucede en Venezuela, Honduras o Perú, pero allí tenemos argumentos de Derecho Internacional y de Derecho Constitucional que conducen a entender la primacía del Convenio 87, de un lado, el juego combinado de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, que disponen, como no podría ser de otra manera, el cumplimiento de buena fe de los tratados que ratifican, sin poder recurrir a normas internas para justificar su inobservancia, y, de otro lado, porque las reglas de interpretación de los derechos (comenzando por el principio *pro persona*) conducen a darles la máxima amplitud y la mínima restricción, y con lo que cae por su propio peso un principio muy laboral, que es el de preferir la norma más favorable. Finalmente, también hay constituciones como Colombia o Perú que tienen la cláusula de interpretación del alcance de los derechos de conformidad con los tratados, tomada de la Constitución Española, que ha sido utilizada por la Corte Constitucional colombiana justamente para eliminar restricciones constitucionales que afectaban al tratamiento internacional de un derecho.

De lo dicho, se puede concluir que la regla general es que todos los trabajadores son titulares del derecho y que esta dimensión universal “debía considerarse un principio general cuya única excepción autorizada es la prevista en el párrafo 1 del artículo 9” como lo reconoce la CEACR (OIT, 2012, p. 23, pár. 63), es decir, que las únicas categorías que pueden ser excluidas son los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, de allí que cualquier intento legal de ampliar estas restricciones carece totalmente de validez jurídica. Ni qué decir, entonces, de las exclusiones legales de los trabajadores agrícolas (Bolivia), públicos, de explotaciones agrícolas o ganaderas con menos de 10 asalariados (Honduras), servidores públicos que no son de carrera y los de libre nombramiento (Panamá), magistrados o de los trabajadores de modalidades formativas (Perú) establecidos en Bolivia, Honduras, Panamá, Chile o Perú.

Además de las normas que establecen exclusiones directas de ciertas categorías de trabajadores, el Estado constriñe la titularidad de la libertad sindical a través de las normas que establecen los requisitos necesarios para poder crear la organización. El listado es diverso y ha merecido numerosos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. Así, por ejemplo, las exigencias legales de tener relación laboral vigente o haber superado el periodo de prueba, ser trabajador estable o no estar afiliado a otro sindicato, han sido cuestionadas por tales órganos en cada ocasión que han sido vistas.

En este campo, tiene la máxima relevancia el requisito de un número mínimo de adherentes para crear una organización sindical. Las exigencias van desde los 8 trabajadores de Chile hasta 40 en Panamá, a nivel de empresa, pero llega hasta los 300 en Paraguay si se quiere constituir un sindicato de rama de industria, siendo que la mayoría de países se ubica en el rango que va entre 20 y 30 para la constitución de un sindicato de empresa. Si combinamos este requisito con dos datos relevantes —el 78 % de los trabajadores ocupados en la actividad privada de la región presta servicios en empresas con menos de 20 trabajadores; y, las leyes han impuesto la negociación colectiva a nivel de empresa— tendremos como resultado que de un solo golpe, 8 de cada 10 trabajadores latinoamericanos queda en la realidad fuera de la posibilidad de ejercer su derecho de libertad sindical.

A esta conclusión se la podría cuestionar indicando que quienes presten servicios en pequeñas empresas podrían constituir una organización supraempresarial, con lo que formalmente no habría afectación porque esta posibilidad está abierta en muchos de nuestros regímenes legales. No obstante, la situación es otra, y aquí vuelve a hacer su aparición el elemento dinámico o de actividad de la libertad sindical, que nos lleva en muchas ocasiones a salir del ámbito organizacional para tener una apreciación cabal del tema. Resulta que en América Latina, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, la única negociación colectiva que tiene amparo legal es la que se lleva a nivel de empresa, y en consecuencia las organizaciones supraempresariales no tienen derecho de huelga. Bajo tales reglas, la creación de una organización que tiene mutiladas sus posibilidades de actuación más esenciales carece del más mínimo interés y, por lo tanto, opera la tremenda reducción de la titularidad de la libertad sindical que plantea la imposición de un número mínimo de afiliados. Y la solución no pasa por reducir el número mínimo y punto. Esto ha sucedido en países como Chile que ya está en 8 trabajadores y, como se sabe, el problema continúa, porque la atomización excesiva de la tutela colectiva solo favorece al estatus quo. Por ello, la crítica fundamental no se centra en el número mínimo como un tema formal únicamente, sino que va de la

mano del otorgamiento del monopolio negocial y del conflicto con cobertura legal al ámbito empresarial.

La conjunción de todos estos elementos es la que tiene los resultados tan negativos, por lo que la solución pasa por tocar los tres engranajes del complejo mecanismo de tutela colectiva cambiando el paradigma de las relaciones colectivas al nivel interempresas, para que como sucede en Argentina, Brasil y Uruguay, podamos tener una tutela colectiva amplia y poderosa. Este tema ya nos comienza a introducir en temas estructurales que se ven a continuación.

2. Tipología sindical amplia y plural formalmente, aunque super condicionada (descentralizada) vía estructura negocial

Uno de los temas clave de la dimensión orgánica es la determinación del tipo de sindicato que se puede constituir. Al respecto, hemos de señalar que esta facultad tiene una enorme amplitud, ya que el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT establece que los trabajadores tienen el derecho de constituir “las organizaciones que estimen convenientes”, es decir, cualquiera: de obreros o empleados, del Sector Público o Privado, de una empresa o una rama de actividad, de distintas empresas o ramas de actividad, conjuntamente o por separado, a nivel local, provincial, regional o nacional, etc. Por lo tanto, podemos concluir con facilidad que en este terreno la intervención del Estado está restringida como máximo al establecimiento de listados abiertos o ejemplificativos alrededor de los tipos de sindicatos más comunes, invalidándose cualquier intento de determinar legalmente la estructura sindical.

Si bien el universo organizativo es prácticamente inagotable, en la realidad, la agregación y defensa de intereses que subyace a la forma sindical ha llevado a que los ejes a partir de los cuales se organizan los trabajadores sean: la empresa, el funcional (profesional o sectorial) y el territorial. Así sucede en las distintas tipificaciones legales en América Latina, en donde lo común es la referencia tipológica a la empresa, el sector y la categoría o profesión, lo que debe entenderse como una intervención meramente indicativa, ya que de otro modo su validez estaría en cuestión. Y los efectos de tal universalidad no se quedan en la elección del tipo de sindicato, sino que incluyen la posibilidad de que en un ámbito determinado pueda crearse más de una organización. Ello ha dado lugar al surgimiento de tres categorías: unicidad, unidad y pluralidad sindical. *Unicidad sindical*, cuando el Estado ha impuesto la constitución de una sola organización sindical en cada ámbito. *Unidad sindical*, y *pluralidad sindical*, cuando se da la posibilidad real de constituir una o más de una organización sindical

en cada ámbito. Desde el punto de vista jurídico se puede afirmar sintéticamente, que *la unicidad sindical está proscrita, la unidad es deseable y la pluralidad ha de ser posible.*

En América Latina hemos tenido y tenemos todavía diversos regímenes de unicidad sindical, cuyas expresiones más paradigmáticas las encontramos en Brasil, Bolivia, Guatemala, Honduras y Argentina). En los casos de Bolivia (art. 103 de Ley General del Trabajo) o Guatemala (art. 215 c), la ley impone como requisito para constituir un sindicato de industria que agrupe al menos al 50 % de los trabajadores, con lo que solo se puede constituir uno. En tanto que el caso de Honduras (art. 472 del Código de Trabajo) es todavía más atípico puesto que la norma dispone que “dentro de una misma empresa, institución o establecimiento no pueden coexistir dos (2) o más sindicatos de empresa o de base de trabajadores; y si por cualquier motivo llegaren a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión”. En el supuesto argentino, el mecanismo es más sofisticado pero tiene al final de cuentas los mismos efectos: otorgamiento de personería gremial al sindicato mayoritario, lo que afecta medularmente al resto porque de ella se derivan de manera exclusiva prácticamente “todas las facultades relevantes que son propias de condición sindical”, para decirlo en los términos de Goldín (2009, p. 182). El Poder Judicial está produciendo un cambio significativo en este tema.

Finalmente, en este campo hay dos temas muy relevantes, el primero está referido al hecho de que el establecimiento legal de “unidades apropiadas de negociación colectiva” influye de manera determinante en la estructura sindical, de modo que si el Estado impone el nivel de empresa, tendremos un predominio de los sindicatos correlativos, y lo mismo sucede cuando se impone una negociación sectorial o por categoría. Es muy difícil encontrar un incentivo mayor para organizarse que la posibilidad real y efectiva de pactar colectivamente las condiciones de trabajo, por lo que los sindicatos sectoriales o supraempresariales son escasos en la América Latina que, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, tiene establecidas legalmente estructuras negociales de empresa. Por lo tanto, nuestros legisladores sabían que podían ser generosos en el tipo de sindicatos a constituir y absolutamente cerrados en la definición de la unidad negocial (la empresa), pues la estructura negocial legalmente establecida determina la estructura sindical. No vamos a abundar en este tema, que será objeto de las próximas jornadas, pero no podemos dejar de apuntarlo, porque tiene consecuencias gravitantes en el ámbito fundacional o constitutivo.

El otro tema, tiene que ver con el impacto y los retos que está planteando el paradigma actual de descentralización productiva a las relaciones colectivas que ya se mencionó. En este terreno, debemos señalar que la cobertura del artículo 2 resulta suficientemente amplia como para que la respuesta organizativa pueda ser dada, en la medida en que se pueden constituir las organizaciones que se estime convenientes, de varias contratas, conjuntamente con la principal, incluyendo a autónomos o parasubordinados que participan de la cadena productiva, etc. Empero, esta respuesta resulta insuficiente, por lo que en aquellos casos de vinculación comercial permanente y continua, las respuestas estatales pueden articularse en torno a: i) La recomposición de la noción de empleador; y ii) la reconstrucción sistemática de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo.

Para ello, hay que dejar de lado los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral con la finalidad de incorporar en la noción de empleador a todos aquellos que materialmente organizan y se benefician de la prestación de servicios del trabajador. Hay que hacer coincidir nuevamente las nociones de empleador y empresa, adecuando la primera a la titularidad de la organización productiva en la que la prestación del trabajador se inserta. Esto nos conduce necesariamente a un ámbito supraempresarial en el que incluso cabría la articulación de otros niveles de negociación simultáneos dependiendo de la materia, permitiría tomar en cuenta todos los intereses en juego, de la contratista, principal, y los trabajadores involucrados. Aquí, siguiendo a Supiot, se requiere una explícita intervención estatal que posibilite que la tutela colectiva se acople a la compleja estructura institucional que adopta el empleador (2001, p. 690 y ss.). Y este no es un tema baladí, puesto que está en juego nada menos que un contrapeso básico del Estado Social de Derecho.

Revisitar los derechos colectivos.

3. El plano formal: registro sindical y personería jurídica con problemas

La intervención del Estado en el campo de las formas viene especialmente tratada en el artículo 2 del Convenio 87 cuando dispone que los trabajadores puedan constituir sus organizaciones “sin autorización previa del Estado”; lo que se traduce en un expreso reconocimiento de que no es posible subordinar la constitución de los sindicatos al poder discrecional del Estado. No obstante, hemos de reconocer que este distanciamiento del Estado no significa que no pueda exigir una serie de formalidades con fines de publicidad, verificación de la identidad del grupo y protección de terceros; aunque sí importa, como correlato, que tales procedimientos no introduzcan directa, indirecta o transversalmente tal autorización. Al respecto, la Comisión de Expertos afirma que “si bien el reconocimiento

oficial, a través del registro legal, es un aspecto relevante del derecho de sindicación, dado que es la primera medida que deben adoptar las organizaciones de trabajadores y de empleadores para desempeñar sus funciones eficazmente, el ejercicio de actividades sindicales legítimas no debe depender de la inscripción en el registro” (OIT, 2012, p. 32, pár. 83).

En los países de América Latina, con la excepción de Uruguay, la legislación ha impuesto el registro de los sindicatos a los efectos de la obtención de la personalidad jurídica, radicando el procedimiento en la autoridad administrativa de trabajo y exigiendo que se presenten el acta de constitución, la nómina de afiliados y los estatutos de la organización. Además, en varios países se exige una certificación de fe pública del acto de constitución (Chile, Perú), debiendo resaltarse que se ha avanzado mucho en el diseño de registros prácticamente automáticos, que han ido pasando los controles de la OIT salvo en los casos de Guatemala (cuyo trámite se sigue considerando muy extenso y complejo), El Salvador, a quien se pidió que eliminara el plazo de seis meses para pedir un nuevo registro cuando se había denegado inicialmente la solicitud y Venezuela, a quien se le solicita que en el procedimiento de registro debe respetarse la confidencialidad de la información referida a la afiliación sindical, “no solo porque dicha información concierne a la vida privada de los trabajadores sino porque su divulgación podría exponerlos a eventuales represalias” (OIT, 2012, pp. 32 y 33, pár. 85).

4. Autonomía sindical mínima

El segundo gran bloque de derechos vinculados a la dimensión orgánica tiene que ver con la configuración y administración del sindicato, que debe llevarse a cabo en un ambiente de máxima autodeterminación e involucra las libertades de reglamentación, representación, gestión, federación y disolución. Para garantizar que así sea, el artículo 3 de la OIT dispone de manera clara y precisa que el Estado debe abstenerse de toda intervención que tienda a limitar el derecho o entorpecer su ejercicio.

De entrada, debemos indicar que estamos en un ámbito de *autonomía máxima* y *heteronomía mínima*, reduciéndose las posibilidades válidas de intervención, de conformidad con la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT, a la imposición del principio democrático y de reglas de transparencia en la administración, señalándose que incluso en esos casos el control tiene que ser necesariamente judicial. Por esto afirmábamos que, tratándose de esferas de amplia libertad, el solo hecho de que el Estado regule el tema ya trae consigo el germen de una intromisión proscrita.

Dentro de todas estas libertades, la más relevante es la de reglamentación dado que será en los estatutos donde se configure el sujeto colectivo, regulándose los temas neurálgicos en materia de ámbito de actuación y representación del sindicato, órganos, reglas electorales, procedimientos de formación de la voluntad del sindicato, régimen de adquisición y pérdida de la condición de afiliados, régimen económico, hasta las reglas de disolución del sindicato. En tal sentido, la libertad de reglamentación contiene en mucho a las demás libertades colectivas, razón por la cual se debe tener un especial cuidado en proteger la libre determinación de cada uno de los temas, quedando invalidados de saque los regímenes que imponen un modelo de estatuto.

En todas las legislaciones latinoamericanas, con la única excepción de Uruguay, se consagra el derecho de redactar libremente sus estatutos y reglamentos administrativos, pero a continuación la legislación invade en enorme medida esta potestad e impone reglas de fondo en cada materia. Resultaría inacabable el recuento de las regulaciones estatales en cada una de las cinco libertades colectivas, pero valgan algunos ejemplos para entender que aquí todos los países latinoamericanos, menos Uruguay, tenemos una asignatura pendiente de la mayor importancia. Valga como muestra elocuente que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) de Perú le dedica al tema 40 artículos, mientras que el Código de Trabajo chileno le dedica nada menos que 90 artículos a la esfera orgánica de la libertad sindical, sin considerar a la negociación colectiva o a la huelga. Estamos muy lejos, nuevamente con la excepción de Uruguay, del respeto más elemental a las potestades de autodeterminación del sindicato y los órganos de control de la OIT nos lo recuerdan cada año.

III. LA INTERVENCIÓN DE LA LEY EN LA DIMENSIÓN TUTELAR DE LA LIBERTAD SINDICAL

Si la consagración jurídica de cualquier derecho no es suficiente para su vigencia real, en el caso de la libertad sindical, esta situación es aún más evidente, dado que como afirmaba Ermida (1987, p. 23) “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”. Por ello, se considera 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, sin la cual estamos ante un régimen jurídico incompleto e inoperativo. Se trata, entonces, de un terreno en el que la intervención del Estado es

imprescindible, sobre todo en países con un sindicalismo débil, donde la autotutela cumple esta función incluso en mejor medida que las normas legales, como lo señalaba Kahn-Freund (1987, pp. 276-318).

Ahora bien, las violaciones de la libertad sindical tienen una gravedad acentuada porque generalmente afectan no solo al derecho de libertad sindical, sino también a otros derechos, razón por la cual la doctrina italiana habla de la *pluriofensividad* de las conductas antisindicales, lo que puede graficarse en el despido de un directivo que vulnera no solo la libertad sindical individual y colectiva, sino el propio derecho al trabajo de tal persona. En tal sentido, el eje central de las medidas de protección debe girar fundamentalmente alrededor del desarrollo de actividad sindical, concepto jurídico indeterminado que de alguna manera engloba a todos los comportamientos que tienen como objeto o finalidad la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (Villavicencio, 2010, p. 167 y ss). Y en ellos involucramos, por cierto tanto las expresiones individuales como colectivas de actividad sindical.

Partiendo de lo señalado en los ejes medulares, la intervención del Estado debe girar alrededor del establecimiento de un conjunto de garantías positivas dirigidas a proteger y facilitar su ejercicio efectivo. Gracias al juego combinado de los convenios 87 y 98 podemos tener una importante claridad respecto de los alcances subjetivo, objetivo y temporal de la protección, quedando pendiente para cada país el desarrollo de los mecanismos preventivos, sancionadores, reparatorios y procesales que permitan cerrar la enorme brecha entre Derecho y realidad que se da en torno a este terreno.

Siguiendo la letra del artículo 1 del Convenio 98 podemos decir que la protección debe alcanzar a cualquier trabajador en la medida en que lo que se tutela es el ejercicio del Derecho. Al respecto, a mediados del siglo pasado, surgió en América Latina el fuero sindical como mecanismo preventivo dirigido a proteger a los trabajadores más expuestos (dirigentes sindicales) del perjuicio mayor (el despido) y esta protección ha ido ampliándose subjetiva y objetivamente, aunque sin mucha fuerza en la mayoría de países latinoamericanos que todavía conservan el fuero sindical para los dirigentes sindicales y ni siquiera para todos, como es el caso de Chile o Perú. Habría que insistir en que si lo que se protege es el ejercicio del derecho de libertad sindical, no hay razón alguna para que se excluya a algún trabajador de la tutela, dato que justifica la universalidad subjetiva que plantea el artículo 1 del Convenio 98 al referirse en todo caso a los trabajadores.

Asimismo, el artículo 2 del citado convenio nos permite señalar que la protección se plantea contra cualquier acto de discriminación que sufra un trabajador

en función del desarrollo de actividad sindical, lo que tiene enorme trascendencia porque las transgresiones de la libertad sindical son de una diversidad tal que pueden considerarse como un fenómeno “estructuralmente atípico” (Treu, 1974, p. 254) o “multiforme” (Sanguineti, 1993, p. 78). Tengamos en cuenta que estamos frente a un derecho complejo, susceptible de verse afectado en una multiplicidad de aspectos, y que hay también una pluralidad de agentes dotados de capacidad para interferir en su libre ejercicio desde múltiples direcciones.

En este sentido, se puede señalar que actualmente la tutela de la libertad sindical se materializa frente a *cualquier transgresión de la libertad sindical*; entendiéndose por ella toda práctica, conducta, actividad, injerencia o incluso omisión dirigida a impedir, restringir, sancionar o enervar el ejercicio de la libertad sindical. Así lo ha explicitado el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT afirmando que:

“la protección contra los actos de discriminación antisindical debe abarcar no solo 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”.

Sobre el tema, la Ley de Asociaciones Sindicales argentina, en su artículo 52, prevé que los representantes sindicales en la empresa no puedan ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa declarada por la autoridad judicial, sujetando tal protección a la condición de que hayan sido elegidos de conformidad con lo establecido en dicha Ley. En el caso de Chile y Colombia esta protección comprende la necesidad de una calificación previa por parte de la autoridad judicial autorizada del despido, traslado o desmejora del sujeto amparado por el fuero. Lo mismo sucede en Venezuela con la diferencia que en este último país la decisión no está en manos del Poder Judicial sino del Ministerio del Trabajo. Situación diferente se vive en Paraguay, donde la OIT ha resaltado la ausencia de disposiciones legales sobre la protección de trabajadores contra los actos de discriminación antisindical.

En materia de responsabilidad, 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 libertad sindical, por eso se habla de una *irrelevancia de la culpa* del agente; lo que conduce, como sostiene Garófalo a que 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 (1979, p. 69).

Se trata, pues, de un “ilícito objetivo”, en palabras de Treu (1974, p. 127), 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) 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 anti-sindical de la conducta cuestionada, garantizando así una mayor efectividad a los mecanismos de tutela.

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: la protección de que venimos hablando se predica respecto de todos los trabajadores que realicen actividad sindical, mientras lo sean y la realicen. Empero, 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. 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 este, por un periodo predeterminado.

A nivel latinoamericano, la protección de los candidatos ha alcanzado rango constitucional en Brasil y se encuentra recogida, además, en Argentina, Costa Rica, Chile, Panamá, Paraguay y el Salvador. 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).

Un tema final que tiene que ver con las prácticas antisindicales –ya no contra el dirigente o afiliado sino contra el sindicato– es la infracción constante de la buena fe negocial por la contraparte, que se traduce en la no entrega de información,

no instalación oportuna, hostilización a miembros de comisión negociadora, prácticas abusivas para dilatar o entorpecer la negociación, etc. En el ordenamiento peruano, ante dichos supuestos cabe la imposición de una multa por parte de la autoridad de Trabajo o también, como recientemente se ha normado, la procedencia de un arbitraje de tipo potestativo (a solicitud de una de las partes). La experiencia nos dice que la imposición de una multa no ha constituido una medida efectiva que fomente la buena fe negocial en la parte patronal, lo que sí ha sucedido con el arbitraje potestativo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ERMIDA, O. *La protección contra los actos antisindicales*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987.

ERMIDA, O. “Crítica a la libertad sindical”. En: *Derecho PUCP*. Lima, 2012.

ERMIDA, O. *Sindicatos en Libertad Sindical*. 4ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

FUERTE, L. “Proyecto ACTRAC-FSAL: las dos fases del proyecto de autoreforma sindical”. En AA.VV. *Procesos de Autoreforma Sindical de las Américas*. Avances del Grupo de Trabajo sobre Autoreforma Sindical (GTAS) 2010-2011, FSAL-AS/ACTRAV/OIT, Sao Paulo 2011.

GARÓFALO, M. *Interessi collettivi e comportamento antisindacale*. Jovene, Nápoles, 1979.

GHEZZI, G., & ROMAGNOLI, U. *Il Diritto Sindacale*. Zanichelli, Bolonia, 1992.

GOLDÍN, A. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el régimen sindical argentino”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. N° 128, 2009.

HESSE, K. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1995.

KAHN-FREUND, O. *Trabajo y Derecho*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

OIT. *Estudio General Sobre los Convenios Fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia Social para una globalización equitativa*. OIT, Ginebra, 2008.

PALOMEQUE, M. Carlos. “El sindicalismo el siglo XXI y sus objetivos en transformación”. En: AA.VV. *Hacia un sindicalismo en el siglo XXI*. Congreso de la República del Perú, Lima, 2010.

PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III/Editorial Dykinson, Madrid, 1998.

ROMAGNOLI, H. “El renacimiento de la palabra sindicato”. En: *Revista de Derecho del Trabajo*. N° 2, 2006.

SANGUINETI, W. *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales*. Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

SUPIOT, A. *Revisiter les droits d'action collective*. *Droit Social*(7/8), 2001.

TREU, T. *Condotta antisindacale e atti discriminatori*. Franco Angelli, Milán, 1974.

VENEZIANI, B. *Stato e autonomia collettiva*. Cacucci Editore, Bari, 1992.

VILLAVICENCIO, A. *La libertad sindical en el Perú*. OIT-OSRA, Lima, 1999.

VILLAVICENCIO, A. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Plades, OIT y PUCP, Lima, 2010.