

EL CONTENIDO Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SU ARTICULACIÓN CON EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

HUGO CARRASCO

I. INTRODUCCIÓN

La presente reflexión intenta precisar la validez de un argumento que suele esgrimirse para cuestionar la función promotora de la libertad sindical que le corresponde al Estado y cuyo fundamento estaría en que, con este propósito, se legitimaría una afectación irregular de la libertad de empresa de la parte empleadora⁽¹⁾.

En ese sentido, el objetivo de este análisis es conceptualizar adecuadamente la denominada libertad de empresa; así como la libertad sindical; tratando de establecer sus contenidos mínimos y límites; así como los términos en los que estos deben articularse.

La hipótesis de la cual partimos en esta investigación y que intentamos ratificar con su desarrollo es que cuando confrontamos a la libertad de empresa con la libertad sindical, en realidad nos encontramos ante dos derechos de naturaleza diversa y, como consecuencia de ello, con diferentes grados de imperatividad; aun cuando ambos se encuentren recogidos en el texto constitucional.

(1) Ciertamente, este no es único argumento y quizás ni siquiera el principal; pero creemos importante explorar este por qué plantea la relación en la cual debe concebirse estos dos derechos de base constitucional.

De esta manera, la libertad sindical en tanto derecho fundamental constituye un valor superior que funda, conjuntamente con los demás derechos fundamentales, el sistema jurídico y que como tal sirve de parámetro de verificación del “validez” del ejercicio de los demás derechos. Ciertamente que al referirnos al concepto de validez estamos recogiendo la noción sustantiva de la legitimidad del sistema jurídico, en tanto alude a la subordinación de la legislación a los valores sustantivos que, expresados en los derechos fundamentales, forman parte del contenido dogmático del orden constitucional.

Por esta razón, a efectos del presente trabajo hemos tratado de privilegiar un análisis funcional de los derechos antes señalados con el objeto de explicitar la función económica social que estos cumplen en el marco del Estado social de derecho consagrado por nuestra constitución.

Así la piedra angular de nuestra reflexión será el modelo social y económico asumido por nuestra norma constitucional; el que además debe ser interpretado a la luz de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia constitucional y el pronunciamiento de los órganos de control sobre la materia.

II. LA NATURALEZA INSTRUMENTAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL FUNDAMENTO DE SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Partimos de reconocer que a pesar de su reconocimiento constitucional, para nada es pacífica la conceptualización de la libertad de empresa como un derecho fundamental⁽²⁾; si entendemos a este como aquel que se deriva de la dignidad intrínseca de la persona; razón por la cual adquiere el máximo grado de “imperatividad” y garantía en un determinado sistema jurídico; el mismo que solo se limita a reconocerlos; toda vez que le son preexistentes; a tal punto que por constituir valores fundante del sistema (contenido axiológico) son oponibles incluso a la existencia del propio Estado.

Por el contrario, se ha entendido más bien que la libertad de empresa (y su frecuente consagración constitucional) en realidad constituye el establecimiento

(2) También denominados derechos humanos o derechos del hombre; sin embargo, discrepamos, como lo desarrollamos más adelante, de una identificación plena de estos con los derechos constitucionales. Al respecto recomendamos revisar: CARPIZO, Jorge. “Los derechos humanos, naturaleza, denominación y características”. En: *Cuestiones Constitucionales*. N° 11, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Mexico, 211.

de un instrumento para el ejercicio de verdaderos derechos fundamentales, como son el de la libre iniciativa (art. 2, inc. 17 de la Constitución), el libre desarrollo de la personalidad (art. 2, inc. 1 de la Constitución) o, incluso, el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución).

Por esta razón, su reconocimiento constitucional derivaría de su carácter instrumental, conexo, respecto a derechos de naturaleza fundamental a cuya realización obedecería este especial reconocimiento del sistema jurídico.

En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que “(...) En este contexto, si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legisla-dor (...) Por consiguiente, **es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho funda-mental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental (...)**” (f. j. 18 de la sentencia SU-157/99; el re-saltado es nuestro).

A este respecto, debemos de señalar, siguiendo a Ferrajoli⁽³⁾, que los derechos fundamentales encarnan valores (libertad, dignidad, etc.) que constituyen parámetros de valdes sustantiva que permite verificar la coherencia de la actua-ción estatal (normativa y administrativa) con el orden constitucional. En tal sentido, tales derechos constituirían el contenido axiológico irreductible que, a título de contenido dogmático permiten una articulación armónica de los demás de-rechos e instituciones de un sistema constitucional.

La adecuada consideración de esta función de los derechos fundamentales permitirá evidenciar en qué medida los derechos en cuestión, libertad de empresa y libertad sindical, pueden considerarse en una relación de coordinación o subor-dinación en el marco de nuestro modelo constitucional peruano. En ese sentido, la parte dogmática (es decir, los derechos fundamentales contenidos en esta) fun-ge como línea de interpretación funcional (teleológica) de toda la constitución, en tanto ordenamiento racionalmente estructurada para hacer posible y garantizar la vigencia plena de tales derechos.

De esta manera, cuando se presenta un supuesto de concurrencia conflic-tiva de dos derechos fundamentales, siguiendo el principio de interdependencia de los derechos fundamentales, el ordenamiento deberá procurar la convivencia

(3) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, La Ley del Más Débil*. 4ª ed., Madrid, 2004.

simultánea de ambos (en una relación de coordinación); recurriendo para este propósito a herramientas como el test de razonabilidad y proporcionalidad.

Por el contrario, cuando la concurrencia aparentemente “conflictiva” se presenta entre un derecho fundamental y uno que no ostente esta calidad (al margen que sea o no contenido en la Constitución), el primero necesariamente configurará el contenido del segundo (en una relación de subordinación) a título de límite que hace posible (a riesgo de ser expulsado del sistema en caso que dicha subordinación no sea posible) la vigencia funcional de este último.

Al respecto, Fernández Sarasola señala que: “La parte dogmática de la constitución incide básicamente en los fines que pueden escogerse a través de la función de gobierno, estableciendo limitaciones negativas (exclusión de fines) o positivas (imposición de fines)”⁽⁴⁾.

Por lo expuesto, en la medida que asumamos que la libertad de empresa no es un derecho fundamental y, por lo tanto, no constituye parte del contenido axiológico de un sistema jurídico; no podría ser alegado con criterio de validez sustantiva de la actuación estatal (o social, ciertamente) e, incluso de la producción normativa.

Antes bien, y ello no es poca cosa, la libertad de empresa constituye en estricto una categoría instrumental de relevancia constitucional (precisamente por estar al servicio de los derechos fundamentales) cuya configuración legal y ejercicio se encontrará siempre sujeta al contenido axiológico expresado en tales derechos fundamentales.

Por esta razón el enfrentar la libertad de empresa con el derecho de libertad sindical no queda sino supeditar el contenido de aquel a los parámetros de los verdaderos derechos fundamentales; dentro de los cuales debemos comprender a la libertad sindical.

III. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Al respecto se ha señalado que la libertad de empresa tiene, por un lado, una dimensión subjetiva en tanto facultad “invocable y exigible” por toda persona, natural o jurídica que se encuentra reconocido por el ordenamiento positivo;

(4) FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *La función de gobierno en la Constitución española de 1978*. Oviedo, 2002.

y, por otro, una dimensión objetiva, en tanto norma del ordenamiento estructural del estado y de la vida social y económica de la nación.

1. La dimensión subjetiva

En lo que se refiere a la dimensión subjetiva de la libertad de empresa debemos señalar, siguiendo el pronunciamiento antes citado de la Corte Constitucional colombiana, que estamos frente a lo que es reconocido como un derecho conexo; en tanto instrumento que hace posible (faculta) que una persona haga ejercicio de un derecho fundamental y cuya vulneración (de aquel) afecta severamente el acceso a este derecho fundamental; siendo en consecuencia, este el fundamento de su reconocimiento constitucional y de su protección especial.

Efectivamente, bajo esta perspectiva, la libertad de empresa constituiría la facultad instrumental reconocida por el ordenamiento con el fin de hacer posible el ejercicio de un derecho fundamental. En palabras de Ferrajoli se trataría de una “garantía primaria” (fuente de obligaciones y prohibiciones para el Estado y para la sociedad General) que hacen posible la satisfacción del interés (valor) consagrado en los derechos fundamentales a los cuales instrumentaliza (libre iniciativa, derecho al desenvolvimiento personal, etc.).⁽⁵⁾

En ese sentido, se ha entendido el criterio de conexidad en la aplicación de los derechos constitucionales como la extensión de las garantías y protección otorgada a los derechos fundamentales a otro tipo de derechos que, en principio no ostentan el carácter de fundamental pero que se hallan íntimamente ligado a estos; de una manera tal que si no se protege a aquel, se pone en serio peligro a este

Como consecuencia de ello, señala Luis Fernando Sabogal Berna⁽⁶⁾, respecto a estos derechos conexos:

- a) Solo se podrá ejercitar la acción de tutela para procurar su defensa cuando su violación sea conexa con la de otro derecho que sí tenga la connotación de fundamental.
- b) Toda vez que entre en conflicto con un principio o derecho fundamental el primero deberá ceder ante los segundos.

(5) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La Ley del Más ...* Ob. cit.

(6) SABOGAL BERNA, Luis Fernando. “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”. En: *Revista e-Mercatoria*. Vol. 4, Número 1, 2005, disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1490362>.

Respecto al contenido subjetivo de la libertad de empresa, se ha señalado que este consiste en la facultad que tiene toda persona (natural o jurídica) de participar en la vida económica de un país mediante la producción y comercialización de bienes y servicios, a través de la organización del capital y el trabajo.

En ese sentido, desde esta perspectiva subjetiva, podemos precisar que en realidad la libertad de empresa es una expresión instrumentalizada de la libertad de iniciativa y desenvolvimiento personal (derechos que sí han sido considerados como fundamentales) a los cuales sirve como vehículos de desenvolvimiento.

Así la Corte Constitucional colombiana ha señalado que “(...) La libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y **servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada**. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional (Sentencia N° C-616/01).

Así, forman parte de esta dimensión subjetivo del derecho bajo análisis las facultades de fundación de una empresa, acceso al mercado; además de la dirección y disolución de una empresa.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. N° 03075-2011-PA/TC “(...) Que este Colegiado en reiterados pronunciamientos ha sostenido lo siguiente en materia del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa, comercio e industria (...) cuando el artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por lo tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. (...) En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa (...).”

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que “cuando el artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por lo tanto, para actuar en el mercado

(libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado (...) En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa. (STC Exp. N° 01405-2010-PA/TC, entre otras).

Del contenido antes señalado, queremos referirnos a la libertad de dirección de la empresa; como facultad para organizar y desarrollar la empresa de acuerdo con los intereses y convicciones del titular y que implica la planificación económica, la libertad de contratación (entre ellas la contratación laboral), la libertad de producción, y la libertad de inversión, entre otros.

Es pues, este contenido de la libertad de empresa que frecuentemente entrará en interrelación con otros derechos, a menudo fundamentales, que demanda del sistema soluciones acordes con la naturaleza de los intereses contrapuestos, reflejados en los derechos en juego.

Así se ha señalado que “(...) Otro aspecto de la libertad de dirección de la empresa es aquel referido al tema laboral, en que el empresario va encontrar limitada su libertad de elección y sobre todo de contratación de capital humano por las normas de orden público de carácter laboral, mandatos legales que son prevalentemente proteccionistas del trabajador, lo cual es consecuencia necesaria de los modernos estados sociales de Derecho (...)”⁽⁷⁾.

2. El contenido objetivo de la libertad de empresa

Respecto a la dimensión objetiva de la libertad de empresa, esta debe entenderse como límite y orientación de la actuación estatal (fundamentalmente legislativa y administrativa) y de la sociedad en general; en tanto vinculados a la vigencia plena de los derechos fundamentales.

En nuestra opinión la libertad de empresa cumple esta función de manera indirecta, toda vez que en realidad, este solo puede derivarse de los derechos fundamentales a los cuales se encuentra conexas.

(7) SABOGAL BERNA, Luis Fernando. *Nociones Generales ...* Ob. cit.

La libertad de empresa opera así como norma de encuadramiento del desarrollo de la actividad económica, en dos direcciones: Por un lado, restringiendo las injerencias arbitrarias que afectan su ejercicio (sobre todo estatales) y, por otro, sujetando su desenvolvimiento a los derechos fundamentales de las demás personas y a la consecución de los fines de la sociedad en general. En tal consideración, la libertad de empresa constituye un componente fundamental de la noción de constitución económica desarrollada por la doctrina alemana.

Por esta razón, en muchas constituciones (de hecho en la nuestra) la libertad de empresa no se encuentra ubicada en la parte dogmática que contiene el catálogo de derechos; sino más bien en la parte estructural referida al régimen económico (como es el caso del artículo 58 de la Constitución peruana, 170 de la Constitución brasileña y 333 de la Constitución colombiana).

Cabe señalar que lo expresado hasta ahora respecto a la naturaleza y contenido de la libertad de empresa, trasciende la mera especulación académica y se erige como verdadero criterio hermenéutico para situar en su debido contexto los supuestos de colisión con un derecho fundamental en sentido estricto (como puede ser el caso de la libertad sindical).

IV. LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

El derecho de libertad de empresa, como cualquier otro derecho no es absoluto y, por el contrario, se encuentra sujeto tanto a límites internos como a límites externos que modulan su ejercicio.

En lo que se refiere a los límites internos podemos señalar que estos derivan del propio contenido del Derecho y determinan la funcionalidad de su ejercicio con el contexto general en el que se despliegan; de esta manera se afirma que el ejercicio de este derecho no puede afectar a la moral, la seguridad y la salud de las personas; nótese que frecuentemente, estas son limitaciones señaladas de manera expresa por el propio legislador constitucional; al momento mismo de reconocer la libertad de empresa.

En el sistema peruano, este límite se encuentra establecido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú; el cual señala que: “El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”.

Junto a ellos, podemos constatar la existencia de otro tipo de límites que más bien se derivan de su interrelación con el derecho de terceros y que demandan

una aplicación armónica de estos; considerando, ciertamente, la naturaleza y la jerarquía normativa de los mismos.

En ese sentido se reconoce que un límite externo de la libertad de empresa está determinado por el modelo constitucional económico (o constitución económica); el mismo que comporta valores y bienes reconocidos por la Constitución y que encausan (limitan) en ejercicio de la libertad de empresa. Sobre el particular, Manuel García Pelayo ha conceptualizado a la “Constitución Económica” como el conjunto de “normas básicas destinadas a proporcionar el marco fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”⁽⁸⁾.

De esta manera, debe entenderse que la Constitución Económica, en tanto pacto social que legitima la organización y actuación del Estado y la sociedad civil (y la articulación de estas), establece las normas mínimas que garantizarán que el libre desarrollo de la actividad económica resulte compatible con el ejercicio de los derechos fundamentales del resto de la ciudadanía que representan el interés general.

Así, la libertad de empresa debe ser entendida como el instrumento mediante el cual una persona desarrolla actividades de carácter económico con miras a mantener o incrementar su patrimonio de tal manera que no afecte negativamente, la función social de la empresa y el interés general que se traduce en el modelo constitucional económico.

De esta manera, el modelo constitucional económico determina el cauce obligatorio dentro del cual ha de transitar “libremente” la libertad de empresa y que permitirá armonizar el interés privado con el público; propósito al cual suele identificarse como la función social de la empresa.

No de otra manera puede entenderse el artículo 58 de la Constitución vigente; cuando sanciona “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (...)”; consagrando de esta manera un modelo económico particular “economía social de mercado”; como elemento orientador de la actividad económica nacional.

El otro límite externo que condiciona el ejercicio de la libertad de empresa se deriva de su especial naturaleza conexas (no fundamental); en virtud de lo cual, como ya se ha señalado, debe ceder ante un supuesto de colisión con derechos fundamentales.

(8) GARCÍA, Manuel. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Zaragoza, 1979.

De esta manera, partiendo de la constatación de su carácter instrumental para el ejercicio de derechos fundamentales, la libertad de empresa admite como límite el acceso o ejercicio de derechos fundamentales de las personas.

En tal sentido, resulta bastante claro lo expuesto por la Corte Constitucional colombiana cuando señala que “(...) Por ello, es viable señalar que la defensa del propósito legítimo particular de explotación de los derechos patrimoniales en ejercicio de esa libertad, debe presentar la suficiente compatibilidad con la protección especial estatal otorgada a derechos que, como el trabajo y demás ligados a este, son determinantes para alcanzar los fines económicos para los cuales fue creada la empresa, garantizando su realización efectiva, pero dentro del entorno que asegure la vigencia de un orden justo, protegido por las distintas autoridades públicas (...)” (f. j. 4.4 de la sentencia N T-434/11, emitida por la Corte Constitucional colombiana).

V. EL MODELO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Es de apreciarse que la economía social de mercado consagrado por el artículo 58 de nuestra Constitución y cuyos orígenes se remontan a la Doctrina Social de la Iglesia y a la Ley Fundamental de Alemania de 1949; constituye el componente económico del Estado social que, superando las contradicciones entre el liberalismo clásico y los modelos de planificación centralizada, pretende articular la iniciativa privada con el bienestar general, demandando para ello una acción directa estatal en la economía (normalmente de carácter prestacional y de regulación).

De esta manera, bajo esta perspectiva, la libertad y la iniciativa económica individual como objetivo y valor y a cuyo propósito se encuentra encaminada la libertad de empresa; necesariamente debería estar equilibrada por la consagración de otros valores contenidos en los derechos fundamentales de las demás personas.

En ese sentido, Francisco Resico señala: “(...) La Economía Social de Mercado se basa en la organización de mercados como mejor sistema de asignación de recursos, y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y Equitativa (...)”⁽⁹⁾. Por ello, en virtud de

(9) RESICO, Marcelo F. *La economía social de mercado. Una opción de organización económica para Latinoamérica*. Versión reformada y corregida de la conferencia sobre la Economía Social de Mercado y la DSI dictada en la UCA en junio de 2008 y disponible en <<http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo12/>>

esta perspectiva económica, el desarrollo de la economía se encuentra indisolublemente orientado a la vigencia y plenitud de un conjunto de valores reconocidos como fundamentos axiológicos del sistema y expresión del pacto social que los sustenta; lo cuales, hemos dicho en la primera parte de este trabajo, se encuentran expresados en los derechos fundamentales recogidos en la parte dogmática de la Constitución.

En esa línea ha señalado el Tribunal Constitucional peruano que “(...) La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de Derecho. En esta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado (...)” (f. j. 16 de la STC Exp. N° 0008-2003-A1).

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 –libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras–, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de Derecho (art. 43 de la Constitución) y la economía social de mercado (art. 58 de la Constitución)” (f. j. 12 de la sentencia recaída en el Exp. N° 01405-2010-PA/TC).

VI. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COMO PRESUPUESTO DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA, SU VINCULACIÓN CON LA LIBERTAD SINDICAL

Tal como ha sido reconocido por el propio Tribunal en la sentencia antes citada, la vigencia de la economía social de mercado como modelo económico constitucional presupone la existencia de factores sociales, políticos y jurídicos. Es decir, no será posible la subsistencia de una economía social de mercado (en

files/La_Escuela_Social_de_Mercado-_una_opcion_de_organizacion_economica_para_Latinoamerica.pdf>.

realidad, ni siquiera de un mercado) sin la integración democrática de los diversos sectores de la sociedad y de esta con el Estado.

En tal sentido, señala el TC que: “Se trata del Estado de la integración social, dado que se busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial” (f. j. 13, b). A continuación precisa que “El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado”.

De esta manera, podemos concluir que la economía social de mercado tiene como presupuesto un Estado social y democrático de derecho (consagrado por el artículo 3 de la Constitución) fundado en valores participativos y orientados a alcanzar el bienestar social general.

Al respecto, es de señalarse que la libertad sindical forma parte del modelo de un Estado social y democrático y, en tal sentido, constituye un límite de la libertad de empresa. Efectivamente, tanto la doctrina como diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen que la libertad sindical constituye un componente fundamental del sistema democrático; razón por la cual debe actuar como criterio de orientación de la libertad de empresa.

La consideración de la libertad sindical como contenido del sistema democrático y, por lo tanto, orientación de una economía social de mercado se deriva de las dos funciones principales reconocidas a esta por la doctrina⁽¹⁰⁾. La función equilibradora y la función de articulación.

Al respecto, debemos partir reconociendo el desequilibrio de poder que, intrínsecamente, caracteriza a la relación que vincula al trabajador, actuando individualmente, con su empleador. En primer lugar, esta asimetría de poder resulta contraria al principio de igualdad que implica la democracia (sobre todo en su dimensión sustantiva) y propicia la unilateral imposición de “acuerdos” que ponen en cuestión la legitimidad del orden institucional en el que se sustenta. Por lo expuesto, el reconocimiento (y promoción) del derecho de los trabajadores de actuar articuladamente frente a su empleador reafirma la condición de ciudadanía (con iguales derechos y deberes) de trabajadores y empleadores y, por lo tanto, hace posible la vigencia del orden democrático.

Pero, a su vez la libertad sindical y su expresión específica en la negociación colectiva hace posible la pacífica articulación de los intereses de dos sectores

(10) Al respecto ver VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI*. Disponible en <http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2006n03_revistaDeTrabajo/2006n03_a07_aRios.pdf>.

sociales que se encuentran a cada lado del conflicto capital-trabajo; siendo este el sustento de una sociedad pluralista consustancial a un modelo democrático

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado, en el fundamento jurídico 26 de la sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-PI, que:

“(…) Se la define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical.

Enrique Álvarez Conde [*Curso de Derecho Constitucional VI*. Tecnos, Madrid, 1999, p. 457] señala que “(…) este derecho fundamental (...) debe ser considerado como una manifestación del derecho de asociación, gozando, por tanto, también de la naturaleza de los derechos de participación política”.

Por ende, alude a un atributo directo, ya que relaciona un derecho civil y un derecho político, y se vincula con la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que constitucionaliza la creación y fundamentación de las organizaciones sindicales.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional español, en la STC 292/1993, precisa que los sindicatos son “(…) formaciones de relevancia social, en la estructura pluralista de una sociedad democrática”.

Por esta razón se ha afirmado que la principal función económica social que cumple la libertad sindical es el de garantizar el equilibrio entre trabajadores y empleadores a fin de posibilitar una adecuada y eficiente articulación entre los intereses de estos.

En esa misma línea de reflexión Villavicencio Ríos ha señalado que: “(…) el Derecho del Trabajo, en sus vertientes estatal o negociada colectivamente, ha venido siendo el instrumento de equilibrio social por excelencia. Aquella piedra angular del gran pacto social que sustenta al Estado Social de Derecho, que postula el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción y de la libertad de empresa, a cambio de que se ejercieran dentro de los límites impuestos por la imprescindible tutela de los intereses de los trabajadores, que requerían esta protección estatal para superar la desigualdad originaria planteada en términos económicos (...)”⁽¹¹⁾.

(11) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*. Plades, Lima, 2010.

Pero a su vez, la libertad sindical actúa como límite de la libertad de empresa en la medida que, en este caso sí nos encontramos frente a un derecho fundamental que justifican la valoración jurídica especial de un derecho conexo, como es el caso de la libertad de empresa.

Efectivamente, la libertad sindical constituye una expresión específica, en el ámbito laboral, de la libertad de asociación, y como tal se encuentra recogido en el artículo 28 de la Constitución vigente, precisamente dentro del Capítulo II “De los Derechos Sociales y Económicos. El referido artículo señala que: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático”; precisando, además, en su inciso 1 la obligación estatal de garantizar la libertad sindical.

Como puede apreciarse, la norma constitucional citada se limita a reconocer (es decir, no crea) este derecho; toda vez que, en su calidad de derecho fundamental, se deriva de la propia condición humana; atributo propio de los derechos fundamentales.

Otro aspecto que resulta interesante resaltar con relación al reconocimiento constitucional de este derecho, es la sujeción de su ejercicio a los parámetros de un determinado modelo político; esto es, existe una obligación estatal de garantizar (“cautelar”) que el despliegue de esta actividad sindical se ajuste a los postulados de la democracia; siendo por ende consustancial al modelo de Estado social y democrático y de una economía social de mercado.

Finalmente, no está demás señalar que la naturaleza de derecho fundamental de la libertad sindical y de la negociación colectiva se deriva, además de su vinculación con la realización plena de la persona humana, de su reconocimiento en la mayoría de instrumentos internacionales sobre derechos humanos como es el caso de la propia Constitución de la OIT; el artículo 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 22 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos; los convenios 87 y 98 de la OIT, entre otros; habiendo además sido incluida en la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo decente

VII. EL DEBER DE PROMOCIÓN ESTATAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Habiendo reconocido la naturaleza de derecho fundamental de la libertad sindical (distinto al carácter instrumental o conexo de la libertad de empresa) debemos llamar la atención respecto al rol que le corresponde al Estado para asegurar y garantizar su acceso pleno.

Al respecto debe tenerse presente el propio artículo 28 de la Constitución vigente; el mismo que señala que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, cautelando su ejercicio democrático y en el caso específico, fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Dicha obligación además se encuentra recogida en el artículo 4 del Convenio N° 98 de la OIT⁽¹²⁾; el mismo que señala que “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

Cabe señalar, además, que en el caso del Convenio N° 98, al tratarse de un instrumento referido a derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución.

Asimismo, este deber de fomento se encuentra contenido en el Convenio 154 de la OIT; el mismo que si bien no tiene carácter vinculante para el Perú; no obstante si constituye un parámetro de actuación que, tal como ha sido reconocido reiteradamente por el Tribunal Constitucional peruano, constituye *soft law* que debe orientar la actividad estatal⁽¹³⁾. Situación similar acontece con la Recomendación 163 de la OIT sobre el fomento de la negociación colectiva.

No obstante trascendiendo un razonamiento meramente formal, debemos reiterar que esta obligación de fomento se deriva además de la función económica social que cumple la negociación colectiva y que, como ya se ha señalado, constituye uno de los presupuestos, a título de garantía institucional, del Estado social y democrático.

(12) Convenio ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 14712 del 13 de marzo de 1964.

(13) A título de ejemplo téngase presente la sentencia de fecha 19 de setiembre de 2008, recaída en el Exp. N° 25-2007-PI/TC y la sentencia de fecha 22 de abril de 2009 recaída en el Exp. N° 8-2008-PI/TC.

En consecuencia, el deber de fomento de la libertad sindical a través de la negociación colectiva que no es otra cosa que la expresión dinámica de esta libertad, constituye en realidad la realización de la obligación que tiene el Estado (a título de garantía primaria en los términos de Ferrajoli) para garantizar la vigencia de los valores contenidos en los derechos fundamentales y, que como componentes del modelo económico constitucional encausan y limitan la libertad de empresa

VIII. CONCLUSIONES

- La libertad de empresa y la libertad sindical son dos derechos que, a pesar de estar contenidos en el texto constitucional tienen naturaleza y grado de imperatividad diversa
- La libertad sindical es un derecho fundamental que expresa los valores fundamentales del orden constitucional que, a título de contenido dogmático, permite la interpretación y aplicación armónica del sistema jurídico en general.
- Por su parte, la libertad de empresa constituye un derecho de carácter conexo o instrumental que, en su dimensión subjetiva, hace posible el ejercicio de verdaderos derechos fundamentales y que, en su dimensión objetiva, constituye parámetro de actuación estatal y social para hacer posible la vigencia de tales derechos fundamentales.
- La libertad sindical en tanto componente de un modelo de Estado social y democrático sancionado por nuestra Constitución y, por tanto, fundamento de nuestro modelo económico constitucional (*economía social de mercado*) constituye parámetro de evaluación de validez del ejercicio de la libertad de empresa.
- Esta relación de subordinación de la libertad de empresa respecto a la libertad sindical se deriva, además, de la naturaleza de derecho fundamental de este último; distinto al carácter instrumental o conexo de la libertad de empresa.
- La labor de promoción del ejercicio de la libertad sindical que le corresponde al Estado, no puede verse limitada por la simple alegación de la afectación de la libertad de empresa, debido a la relación de subordinación que existe entre ambos derechos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. “Los Derechos Humanos, Naturaleza, Denominación y Características”. En: *Cuestiones Constitucionales*. Nº 11, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México.
2. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. En La Ley del Más Débil*. 4ª ed., Madrid 2004
3. FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *La función de gobierno en la Constitución española de 1978*. Oviedo, 2002.
4. SABOGAL BERNA, Luis Fernando. “Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia”. En: *Revista - Mercatoria*. Vol. 4, Nº 1, 2005, disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1490362>.
5. GARCÍA, Manuel. “Consideraciones sobre las clausulas económicas de la constitución”. En: *Estudios sobre la constitución española de 1978*. Zaragoza, 1979.
6. RESICO, Marcelo F. *La economía social de mercado*. Una opción de organización económica para Latinoamérica.
7. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”. Disponible en: <http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2006n03_revistaDeTrabajo/2006n03_a07_aRios.pdf>.
8. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú. Fundamentos, Alcances y Regulación*. Plades. Lima, 2010.