

Capítulo 7

La protección de la libertad sindical

7.1 La obligación estatal de garantizar y promover la libertad sindical

La consagración jurídica de un derecho no es suficiente para su vigencia real, en la medida en que todas las normas jurídicas tienen una cierta tasa de incumplimiento. En el Derecho Colectivo del Trabajo, el índice de aplicación de las normas es todavía menor que en las demás ramas del ordenamiento jurídico puesto que se construye sobre una relación de conflicto, expresa una situación de equilibrio inestable entre los intereses de cada una de las partes enfrentadas y se traduce en cargas jurídicas que tienen como responsable de su cumplimiento a quien debe soportarlas mayoritariamente y detenta una posición prevalente en la relación. De allí que sea más o menos común que el empresario busque utilizar cualquier atajo que le permita restarle virtualidad. Por ello, resulta totalmente compartible la opinión de Giugni (1996: 122-123) y Sanguineti (1993: 20) respecto de que en nuestra disciplina, incluso con más intensidad que en otras ramas de la ciencia jurídica, la sola inclusión de preceptos de carácter sustantivo no constituye elemento suficiente para lograr que el dato real se adecue a sus previsiones.

En tal sentido, es unánime el reclamo respecto de lo imprescindible que resulta la adopción de un adecuado andamiaje normativo, procesal e institucional para garantizar la vigencia de la libertad sindical,¹²⁴ que será tanto más necesario cuanto más débil sea el movimiento sindical, puesto que, como enseña Kahn-Freund (1987: 55) «en lo que respecta a las relaciones laborales, las normas legales carecen a menudo de eficacia, si no se encuentran además reforzadas por sanciones sociales, es decir, por el poder equilibrador de los sindicatos y demás organizaciones de trabajadores expresado a través de la consulta y negociación con el empresario, y, en último término, si ésta falta, mediante el cese concertado del trabajo»; concluyendo, en el mismo texto, que «las leyes tratan de limitar el poder de mando de los empresarios. Su éxito en este punto depende del grado de organización de los trabajadores».

¹²⁴Como expresión de la unanimidad referida, véase, por todos, la autorizada opinión del Comité de Libertad Sindical (OIT 2006: 174, párrafo 819) cuando sostiene que «la existencia de una legislación de normas de fondo que prohíban 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 N° 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, (2006: 174-175, párrafos 818, 822, 823).

Agregando a lo anterior que la dirección que debe tomar tal tutela de la libertad sindical debe recurrir a la visión moderna de lo que significa el reconocimiento constitucional de un derecho fundamental, en tanto interés jurídico que amerita la máxima valoración positiva posible, bajo la cual se ha de darle la mayor cobertura para su pleno desarrollo. En este marco, y como ya se indicara anteriormente, la consagración constitucional de la libertad sindical implica la instauración de *garantías negativas y positivas*: en el primer caso, se trata de una tutela frente al Estado, dirigida a remover todos los obstáculos que puedan impedir o enervar su ejercicio, limitando la actuación estatal en el terreno de la imposición de restricciones. En el segundo caso, estamos principalmente ante un conjunto de garantías frente al empleador 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. Este establecimiento de garantías negativas y positivas ha sido recogido explícitamente por el Tribunal Constitucional en el fundamento 8 de la sentencia recaída en el expediente 01139-2007-PA/TC.

La lógica de ello reposa en que los derechos fundamentales, como resalta Pérez Luño (1995: 21), «han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir en un conjunto de valores a fines directrices de la acción positiva de los poderes públicos», anticipando de este modo «el horizonte emancipatorio a alcanzar» (ídem) y llevando a que el Estado juegue un activo rol promotor de estos derechos, como ya lo anticipara Bobbio (1969: 1323).

Pero ello va más allá en el terreno de la libertad sindical, puesto que aquí la actuación del Estado dirigida a tutelar y promover la libertad sindical es, como señala Ermida (1987: 21), 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 (ídem: 23-24), 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"». ¹²⁵

¹²⁵Por ello, Sanguineti (1993: 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.

Todo ello se ve reforzado en nuestro ordenamiento jurídico, donde el propio texto constitucional expresamente (artículo 28) le impone al Estado (a todos los poderes que lo integran) la obligación de garantizar la libertad sindical; siendo, por tanto, una norma en la que existe un mandato y un límite al mismo tiempo, puesto que le ordena actuar y al mismo tiempo le traza el sentido de su actuación: poner a disposición de los titulares del derecho el instrumental necesario para que la libertad sindical pueda desarrollarse efectivamente y cumplir los altísimos fines que justifican su existencia. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 11 del Convenio 87¹²⁶ y el artículo 3 del Convenio 98 de la OIT,¹²⁷ estableciendo obligaciones de garantía para los Estados.

Finalmente, la necesidad de proteger la libertad sindical tiene un anclaje muy importante en la realidad, en la medida en que el Perú tiene el nada envidiable récord de ser el país con más quejas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, como ya se ha visto anteriormente.¹²⁸

7.2 Los ámbitos de la protección de la libertad sindical

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

Siendo la libertad sindical el bien jurídico objeto de las medidas de protección, y siendo esta un derecho fundamentalmente de actividad, hay que comenzar señalando que si bien su tutela se aplica tanto a las facultades de organización (elemento estático del derecho) como a las de actividad (elemento dinámico del derecho), el eje central de aquellas medidas gira fundamentalmente alrededor de estas últimas facultades. Y ello no puede ser de otra manera porque el elenco mayoritario de lesiones de la libertad sindical se produce cuando se exteriorizan los actos o conductas dirigidos a materializar el derecho.¹²⁹ De este modo, tenemos que concordar con Ermida (1987: 23), cuando sostiene que «consecuentemente, la libertad sindical incluye *medidas de protección y estímulo de individuos y colectividades actuantes*,

¹²⁶Que a la sazón dispone: «todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación».

¹²⁷Que establece: «Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes».

¹²⁸Véase, el acápite 3.1.2.B.

¹²⁹En este sentido son gráficas las expresiones de Lovatón (1991: 27) cuando sostiene que los trabajadores «actúan» para «organizarse», aunque sea mínimamente, y «se organizan» para «actuar» en defensa de sus intereses.

destinadas a permitir u promover el pleno y eficaz desarrollo de esa *actividad sindical* que estuvo en su origen y que es su centro conceptual y finalístico» (cursivas nuestras).

Ahora bien, precisar el contenido de esa actividad es una tarea difícil y hasta inconveniente, puesto que se trata de un concepto jurídico indeterminado que tiene un gran componente histórico y evolutivo que impide encasillarlo o encorsetarlo al margen de la cambiante realidad que lo alimenta. Sin embargo, intentaremos definirla teniendo en cuenta ese riesgo y tratando de salvarlo. Para ello, debemos establecer una precisión inicial: en función de que la actividad sindical puede materializarse aun sin la existencia del sujeto sindical (por ejemplo, durante los actos dirigidos a constituirlo), se puede afirmar con Castiñeira (1996: 347) que la naturaleza «sindical» de la actividad no se deriva del sujeto que la realiza sino de su objeto y contenido (defensa y promoción de los intereses de los trabajadores). De esta manera, la definición hay que remitirla a la individualización de los actos dirigidos a materializar ese objeto o contenido; es decir, de todos los comportamientos que tienen como objeto o finalidad la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. En este sentido, se pronuncia Rodríguez-Piñero (1978: 47) cuando define la actividad sindical como la «autotutela de los intereses del trabajo» o Giugni (1996: 69) como que «está referida a todos los comportamientos dirigidos a volver efectiva la coalición».

Además de ello, hay que traer a colación el hecho de que la libertad sindical es un derecho complejo que tiene expresiones individuales y colectivas; por lo tanto, la protección debe dirigirse a ambos planos. Es cierto que se trata de un derecho predominantemente colectivo, por lo tanto sus principales expresiones estarán vinculadas a la actuación de los sujetos colectivos; sin embargo, no se debe dejar de lado -al plantear los mecanismos de tutela- las distintas facetas individuales del derecho, cuyas violaciones pueden presentarse no sólo de manera exclusiva sino al mismo tiempo que las vulneraciones colectivas. Esta situación, que la doctrina italiana califica como la *plurioffensivita* de las conductas antisindicales (Giugni 1996: 126-127),¹³⁰ se suele graficar con el despido de un dirigente sindical; acto con el cual no sólo se está violando los derechos individuales del trabajador que ha perdido su empleo sino también los derechos colectivos del sindicato que ha perdido a uno de sus dirigentes. Lo mismo puede verse incluso cuando el despido por razones antisindicales no es un dirigente sino un trabajador cualquiera, en la medida en que no sólo se está causando una lesión al trabajador directamente involucrado, sino que también se afecta a los demás trabajadores frente a los cuales la medida tiene

¹³⁰ Puesto que va contra varios sujetos e incluso contra varios derechos, vulnerando no sólo la libertad sindical sino que con el despido, por ejemplo, se vulneran también los derechos de estabilidad laboral y de no discriminación.

un valor ejemplarizante y al sindicato, al cual se le priva de un componente. Por ello, es común que los instrumentos de tutela de la libertad sindical permitan que en tales casos no sólo pueda actuar el trabajador individualmente sino también considerado al sindicato, aunque sea como coadyuvante.

Respecto de los alcances de la actividad sindical como eje de protección, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado, en el fundamento jurídico 12 de la sentencia recaída en el expediente 0206-2005-PA/TC, que:

12. Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. *Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga (cursivas nuestras).*

Este relevante pronunciamiento jurisdiccional, que tiene naturaleza de precedente vinculante, resulta de particular importancia porque va más allá del señalamiento de que la protección de la libertad sindical incluye con carácter general el funcionamiento libre de los sindicatos, para poner énfasis en el núcleo de este derecho: el desarrollo de actividades sindicales, tanto de los afiliados como de los dirigentes y de los propios sindicatos. Abarca así en su integralidad al derecho, con sus manifestaciones individuales y colectivas, de organización y de actividad, colocando el énfasis donde corresponde. Señala, además, que la protección es fundamental para que se pueda ejercer un conjunto de facultades involucradas en el derecho, y concluye señalando su necesidad (de protección) en el campo del ejercicio adecuado de las más relevantes facultades involucradas en el derecho de libertad sindical: la negociación colectiva y la huelga.

En el campo del daño a múltiples derechos, individuales y colectivos que causa un acto antisindical, el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 16 de la sentencia que pone fin al expediente 3311-2005-PA, que «en el Exp. N.º 632-2001-AA/TC, Fundamento 7, *mutatis mutandis*, este Colegiado precisó que si bien los efectos del despido repercuten en la esfera individual de cada uno de los trabajado-

res afectados, también lo hacen en la propia organización sindical, puesto que es evidente que el despido de todos los miembros de la Junta Directiva del sindicato también se presenta, ab initio, como una lesión a la propia institución sindical, es decir, al Sindicato».

Pero no sólo eso, existe una nutrida jurisprudencia sobre despidos de dirigentes o afiliados sindicales en los que además del derecho de libertad sindical (en sus facetas individuales y colectivas) se invoca y acoge la violación del derecho al trabajo, por obvias razones. Al respecto, hay que traer a colación, en primerísimo lugar, a la histórica sentencia recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, que cambió estructuralmente la configuración legal del despido, al declarar inconstitucional el despido libre indemnizado previsto por el artículo 34 del DS 003-97-TR, justamente por afectar el derecho al trabajo previsto por el artículo 22 de la Constitución. Y a ella le siguen las sentencias con que culminaron los expedientes 1469-2002-AA/TC, 3039-2003-PA/TC, 0206-2005-PA/TC, 3311-2005-PA/TC, 3828-2006-PA/TC, 5474-2006-PA/TC, 8330-2006 PA/TC, 01139-2007-PA/TC y 02318-2007 PA/TC.

7.2.2 Ámbito subjetivo de la protección: el fuero sindical

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

Sobre el particular, la protección de los trabajadores comenzó por los dirigentes y promotores sindicales puesto que eran los sujetos más expuestos y, por ello mismo, afectados por las acciones antisindicales. Nace así en América Latina el instituto del *Fuero Sindical* como una institución que buscó proteger al dirigente sindical de la sanción más grave: el despido, que poco a poco se ha ido generalizando hasta convertirse, en opinión de Ermida (1987: 9) -que compartimos plenamente-, en un conjunto de medidas de protección del dirigente y del militante sindical¹³¹ que tienden a ponerlos a cubierto de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y a posibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical.

¹³¹No necesariamente afiliado, ya que lo que se protege es la actividad sindical, y esta puede ser desarrollada incluso ante la ausencia de organización sindical.

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

También hay que incluir en el ámbito subjetivo de la protección a las organizaciones sindicales que deberán gozar de una tutela suficiente contra las *prácticas desleales*; que, establecidas inicialmente en la *Wagner Act* norteamericana de 1935, también han alcanzado ámbito universal al establecerse en el artículo 2 del Convenio 98 la necesidad de una protección suficiente para estas organizaciones. Ello con la finalidad de evitar cualquier acto de injerencia por parte de los empresarios o su organización, dirigidos -principalmente- a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por la contraparte empresarial, ya sea directamente o a través de su sostenimiento económico.¹³²

7.2.3 Ámbito objetivo de la protección, irrelevancia de la culpa y agente infractor

Partiendo de que las transgresiones de la libertad sindical son de una diversidad tal que pueden considerarse como un fenómeno «estructuralmente atípico» (Treu 1974:

¹³² Sobre el particular, hay que señalar que, siguiendo también lo prescrito en el artículo del Convenio 98, no todo sostenimiento económico del empleador puede considerarse como un acto de injerencia prohibido, puesto que ello sólo se establece cuando el sostenimiento económico aludido tiene por finalidad colocar a las organizaciones de trabajadores bajo el control de un empleador o una organización de empleadores. Con lo que no se puede proscribir con carácter general cualquier apoyo económico de los empresarios, que muchas veces cuesta lo propio en la negociación colectiva, sino que habrá que estar a cada caso concreto para ver si existe o no la finalidad de control que es la que los deslegitimaría.

254) o «multiforme» (Sanguineti 1993: 78),¹³³ comenzamos haciendo notar que tanto la definición de fuero sindical, como el contenido de los artículos 1 y 2 del Convenio 98 de la OIT acabados de mencionar, traen directas consideraciones sobre el ámbito objetivo de la protección; que también ha sufrido una evolución histórica y que ha ido ampliando su extensión desde la inicial protección exclusivamente contra el despido. Así, se puede señalar que actualmente la tutela de la libertad sindical se materializa frente a *cualquier transgresión de la libertad sindical*;¹³⁴ entendiendo por ella toda práctica, conducta, actividad, injerencia o incluso omisión dirigida a impedir, restringir, sancionar o enervar el ejercicio de la libertad sindical. En este último campo se incluye también a todas las actitudes dirigidas a negar injustificadamente las facilidades o prerrogativas necesarias para el normal desarrollo de la acción colectiva (Ermida, 1987: 41). Se trata pues de una definición omnicompreensiva de todas las acciones u omisiones que afecten negativamente la libertad sindical y que suele acompañarse en las legislaciones más modernas con una relación abierta de las transgresiones más comunes, como sucede con el *Statuto dei Lavoratori* italiano o la Ley Orgánica de Libertad Sindical de España.

Teniendo como norte los cabales términos del Convenio 98 se puede decir con firmeza que esta protección debe dirigirse a evitar o reparar todo acto (u omisión) tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo y, especialmente, los actos (u omisiones) que tengan como finalidad condicionar el empleo a la no incorporación o no permanencia de un trabajador en un sindicato, o despedirlo o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa del ejercicio de su libertad sindical, o negarle las facilidades necesarias para la materialización de este derecho.¹³⁵ En consecuencia, según el Comité de Libertad Sindical (OIT 2006: 167, párrafo 781), «la protección contra los actos de discriminación antisindical debe abarcar no sólo la contratación y el despido, sino también cualquier medida discriminatoria que se adopte durante el empleo y, en particular, las medidas que comporten traslados, postergación u otros actos perjudiciales».

¹³³Este autor reseña las causas de tal «multiformidad» a partir de la interrelación de dos factores inherentes a la naturaleza conflictiva y dinámica de las situaciones y relaciones que subyacen: de un lado, la complejidad del derecho protegido, que lo convierte en un bien sumamente vulnerable, susceptible de verse afectado en una multitud de aspectos y manifestaciones (cuyo contenido no es del todo determinable apriorísticamente); y, del otro, la existencia de una pluralidad de sujetos dotados de la capacidad de interferir su libre ejercicio desde múltiples direcciones, algunos de ellos dotados de una especial posición de poder en relación con los titulares de la libertad sindical, que les permite incidir sobre la esfera de derechos e intereses de éstos mediante actuaciones de los más diversos contenidos (Sanguineti 1993: 103-104).

¹³⁴En derecho comparado, las fórmulas utilizadas para definir este ámbito son también muy amplias, como puede verse en el artículo 8 de la *Wagner Act* norteamericana, que se refiere a toda interferencia, restricción o coerción sobre los trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos sindicales garantizados en el artículo 7 de esa norma; en la Ley Orgánica de Libertad Sindical de España, que hace referencia a la lesión de los derechos de libertad sindical (artículo 13); y en el *Statuto dei Lavoratori* italiano, que habla de comportamientos dirigidos a impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical así como el derecho de huelga (artículo 28).

¹³⁵En lo que hace a las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical, que forman parte del ámbito objetivo de la protección, remitimos a lo señalado en el acápite 4.1.1.c) de este libro.

De otro lado, hay que destacar que nos movemos en un terreno en el que lo que importa es proteger a la libertad sindical, con lo que no interesa si la intención del agresor fue afectarla o no, bastando con que los efectos de la acción hayan vulnerado la libertad sindical, con lo que se habla de una irrelevancia de la culpa del agente; lo que conduce, como sostiene Garófalo (1979: 69), 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. En tal sentido, hay que coincidir con las claras palabras de Rodríguez Escanciano (1999: 12) cuando sostiene que el comportamiento antisindical desarrollado por el empresario no va a quedar supeditado a la concurrencia de dolo o culpa en el sujeto activo; de suerte que, tal y como ha señalado constantemente la doctrina, la antisindicalidad no es -a diferencia del ilícito penal o civil-, un juicio que quepa atribuir sólo cuando se encuentren presentes circunstancias de culpabilidad en el agente, sino que, por el contrario, y en general, la intencionalidad real del mismo en relación con la lesión de los derechos sindicales deviene irrelevante desde la perspectiva jurídico-laboral, para resultar suficiente, a efectos de la oportuna represión, la aptitud de la conducta concreta para lesionar los derechos sindicales. Basta, por tanto, con una mera conexión entre la conducta presuntamente lesiva del derecho fundamental y el resultado negativo producido, haciendo, por lo demás, abstracción de los móviles, legítimos o ilegítimos, concurrentes en el sujeto activo, que serían, por lo demás, muy difíciles de controlar.

Se trata, pues, de un «ilícito objetivo», en palabras de Treu (1974: 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), como resalta Sanguineti (1993: 167), sino que lo que se persigue es restituir al afectado a la situación anterior a la violación. Ello, evidentemente, tendrá una implicancia directa en el terreno probatorio, puesto que el titular de la libertad sindical no deberá probar sino la lesión de su derecho, evitándole la muchas veces imposible carga de demostrar la animosidad antisindical de la conducta cuestionada, garantizando así una mayor efectividad a los mecanismos de tutela.¹³⁶

¹³⁶Al respecto, Rodríguez Escanciano (1999: 12) sostiene que «con ello se va a facilitar la prueba de los hechos enjuiciados por parte de los sujetos eventualmente lesionados, en cuanto les bastará con demostrar la efectiva lesión o -mejor- la idoneidad lesiva de aquella conducta empresarial sin que les sea exigible la demostración de la voluntad o intención real del autor de producir la lesión mencionada (.....). A tenor de la doctrina constitucional, la dificultad probatoria de la motivación antisindical queda obviada trasladando al empresario la carga de probar la existencia de un motivo razonable que permita justificar de manera suficiente su proceder, pues no en vano en aras a garantizar la tutela de la libertad sindical resulta más fácil que sea el propio empresario quien pruebe que ha obrado correctamente y, por tanto, demuestre la inexistencia de la imputada lesión, antes de obligar a quienes demandan a demostrar la concurrencia de una intencionalidad antisindical en la actuación impugnada».

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 (Del Rey 1987a: 261). Todo ello en función de que la libertad sindical es un derecho complejo cuyas expresiones generan un contacto más o menos permanente con diversos sujetos, por lo que pueden ser objeto de agresiones originadas potencialmente en todos ellos, frente a las que tiene que ser igualmente defendida. Sin duda, que, según la naturaleza del sujeto infractor, las agresiones tendrán una configuración distinta; como puede verse cuando se piensa en una actuación estatal restrictiva en el terreno normativo o una empresarial que perjudica a un trabajador en sus condiciones de trabajo por causa de su militancia sindical o en una sindical que expulsa a un afiliado por pertenecer a una corriente distinta de la que tiene la dirección de la organización. Por lo que la tutela diseñada no sólo tiene que abarcar a todos los potenciales sujetos agresores sino que ha de tener la versatilidad suficiente para lograr su cometido ante la actuación lesiva de cada uno de ellos.

7.2.4 Ámbito temporal de la protección

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

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 período predeterminado; ya que estamos ante muestras evidentes de actividades y compromisos sindicales que difícilmente serán «tolerados» por empleadores refractarios a los sindicatos (Bronstein 1995: 102).

Se trata, pues, de una protección especial previa, durante y posterior a la asunción de responsabilidades sindicales; que resulta imprescindible para la eficacia de la libertad sindical y que ha obtenido ya consagración internacional, puesto que viene prevista expresamente en los párrafos 7.1 y 7.2 de la Recomendación 143 de la OIT. A nivel latinoamericano, la protección de los candidatos ha alcanzado rango constitucional en Brasil y se encuentra recogida, además, en Argentina, Costa Rica, Panamá, Paraguay y el Salvador. Un caso peculiar es el de Venezuela, que ha sido calificado por Bronstein (1995: 103) como el país que goza de la protección más

amplia en este terreno, puesto que su normativa¹³⁷ establece que en caso de celebrarse elecciones sindicales, todos los trabajadores de la empresa «gozarán de inamovilidad desde el momento de la convocatoria hasta el de la elección»; agregando que «el lapso respectivo no podrá exceder de dos (2) meses durante el período de dos (2) años».

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

7.3 La protección de la libertad sindical: el despido nulo y el fuero sindical restringido y simbólico de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Las vías de subsanación

A la dación de la LRCT, el ordenamiento infraconstitucional peruano no había regulado específicamente el tema de la protección de la libertad sindical, ni creado los mecanismos idóneos para llevar adelante tal misión; sin embargo, sí se habían producido un conjunto de normas¹³⁸ que parcial y asistemáticamente protegieron a los trabajadores del «hostigamiento reiterado» por razones sindicales (vía orden administrativa de cese del hostigamiento o despido indirecto e indemnización)¹³⁹ y se establecieron facilidades para el ejercicio de la libertad sindical; que ya fueron vistas en el punto referente al desarrollo de actividad sindical, al cual remitimos.

El cuadro actual de protección de la libertad sindical tiene tres vías: el proceso de nulidad de despido, el fuero sindical y el proceso constitucional de amparo, cuyo funcionamiento se entrecruza de manera no del todo armónica, reclamando a gritos el establecimiento de un único proceso, preferente y sumario (de tutela de la libertad sindical se llama en países como España), que cuente con mecanismos procesales como la inversión de la carga de la prueba o la reposición provisional para los casos de antisindicalidad evidente. Las dos primeras vías tienen en común que están restringidas a cierto acto antisindical (despido) o a ciertos dirigentes y frente a ciertas conductas (despido y traslado injustificado); mientras que el tercero cuenta con una amplitud subjetiva y objetiva mucho mayor (cualquier conducta antisindical contra cualquier trabajador), viniendo sus debilidades del hecho de que su diseño sin estación probatoria lo vuelve idóneo únicamente cuando se está ante una afectación evidente.

¹³⁷ Artículo 452 de la Ley Orgánica del Trabajo.

¹³⁸ Que se dieron «curiosamente», en su gran mayoría, en los últimos meses del primer gobierno de Alan García.

¹³⁹ Artículo 25.g) de la Ley 24514, Ley de Estabilidad Laboral.

Simultáneamente con la desaparición de la estabilidad absoluta y la consiguiente tutela restitutoria en el campo del despido en general, en 1991, el Decreto Legislativo 728 introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el despido nulo, entendiendo por tal a la terminación de la relación laboral que se sustenta en los motivos vinculados con la actividad sindical, la presentación de quejas o reclamos contra el empleador, la discriminación y el embarazo¹⁴⁰. Siendo esta regulación una expresión limitada del despido lesivo de derechos fundamentales previsto en el ordenamiento comparado,¹⁴¹ se ha establecido que su comprobación en el proceso correspondiente conduzca a la reposición del trabajador. La razón de la opción legislativa por la tutela restitutoria en este tipo de despidos obedece, como señala Blancas (2006: 279), «a la trascendencia que para el ordenamiento jurídico tienen los bienes jurídicos que resultan lesionados por la materialización de aquellos».

De todos ellos, los que interesan a este trabajo son dos, que en la redacción actual del artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo 003-97-TR (LPCL, en adelante) se expresan así: es nulo el despido que tenga por motivo «la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales» (artículo 29.a) y «ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad» (artículo 29.b).

Entendiendo que el legislador está queriendo diferenciar entre actuación sindical en sentido estricto y actuación como representante no propiamente sindical (delegado de los trabajadores u otra forma incluso no recogida por la ley), el objeto de protección viene a ser el desarrollo de actividades sindicales o en nombre de los trabajadores. Siendo que, en el primer caso, la protección incluye al afiliado sindical, en tanto que en el segundo sólo se refiere al candidato o representante; situación que deja sin protección a un universo grande de trabajadores de las empresas que no tienen sindicato (por tener menos de 20 trabajadores) y cuyos trabajadores buscan alguna forma incipiente de organización o simplemente una no institucionalizada. Como hemos visto, el derecho de actividad sindical es multiforme y polivalente y está recogido con gran amplitud en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, razón por la cual esta tutela debe extenderse a todos los actos lícitos a través de los cuales se puede expresar la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

¹⁴⁰Una rigurosa presentación del tema de la nulidad del despido antisindical en nuestro país puede verse en Arce Ortiz (1999) y en Blancas (2007: 277 y ss.).

¹⁴¹Que se sustenta en la «drittverkung», o eficacia horizontal de los derechos fundamentales; es decir, como señala Blancas (2006: 283), «en el marco de relaciones jurídicas privadas -como la relación de trabajo-, generalmente establecidas al amparo de la libertad de contratación y del principio de autonomía de la voluntad». Nuestro Tribunal Constitucional asumió esta eficacia justamente desde la sentencia recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC.

En segundo lugar, habría que señalar que por esta vía se trata de proteger a cualquier activista sindical (universalidad subjetiva) de la conducta antisindical de efectos más graves: el despido (singularidad objetiva), estableciéndose, a su vez, la tutela más intensa, es decir la reposición al puesto de trabajo.¹⁴² Aunque debe indicarse que su eficacia se ha reducido a los casos en los que la antisindicalidad del despido es evidente (que son los menos), al no haberse acompañado de mecanismos procesales, como la inversión de la carga de la prueba, que sí opera en otros supuestos como el despido por embarazo¹⁴³.

En el terreno de la LRCT, esta norma dedica tan sólo cuatro de sus artículos a la tutela de la libertad sindical (4, 30, 31 y 32), frente a los 37 que invierte en reglamentar minuciosamente la existencia y límites en que debe moverse el sujeto colectivo; comenzando a poner en evidencia la óptica invertida que tiene el legislador peruano respecto de sus obligaciones normativas (y de las regulaciones comparadas), que de promotoras y tutelares por mandato del texto constitucional terminan siempre en restrictivas y asfixiantes para el surgimiento y actuación del sujeto colectivo y en líricas para la defensa del afilado o activista sindical. Pudiendo compartirse, en este tema, la opinión de Sanguinetti (1994: 295), cuando enjuicia globalmente la LRCT sosteniendo que el legislador interviene donde no debería hacerlo (constitución del sindicato, derecho de afiliación, dinámica organizativa) y no interviene donde debería hacerlo (procedimientos de tutela del derecho, facilidades para el desarrollo de actividades sindicales).

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

Sin embargo, los artículos 30, 31 y 32 de la LRCT, encargados de materializar la norma general antes anotada, la restringen considerablemente. Específicamente, el artículo 30 establece el *fuero sindical*, que *garantiza a algunos representantes de los trabajadores el derecho a no ser despedidos ni trasladados a otros estableci-*

¹⁴²Y el pago correspondiente de las remuneraciones dejadas de percibir a lo largo del proceso, así como los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios, de acuerdo con el artículo 40 de la LCPL.

¹⁴³ Al respecto, el artículo 29 e) de la LPCL establece que es despido nulo el que tenga por motivo «el embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir».

mientos de la misma empresa, sin causa justa debidamente comprobada o sin su aceptación. Esta aceptación no resulta exigible si el traslado no impide el ejercicio de la función dirigenal. Vamos a desarrollar a continuación los alcances de la protección prevista con carácter general por la LRCT alrededor del fuero sindical, debiendo dejar en claro que las limitaciones subjetivas de la norma, que circunscribe la tutela a ciertos dirigentes sindicales, no se dan en el campo de la protección constitucional vía proceso de amparo, en donde el Tribunal Constitucional ha expandido esta protección a cualquier afiliado o trabajador que desarrolle actividades sindicales, como veremos en el punto siguiente de este trabajo.

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

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto por el texto original del artículo 31 literal b) de la LRCT, estaban amparados por el fuero sindical «los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales». Sin embargo, la observación que hizo el Comité de Libertad Sindical, tras aceptar que el número de representantes amparados por la legislación era razonable, fue la de abrir la posibilidad de que por negociación colectiva se aumente dicho número. Por ello, concordamos con la nueva redacción del referido artículo, que señala que en el «marco de la negociación colectiva se podrá ampliar el ámbito de protección del fuero sindical».

Asimismo, se agregan dos supuestos más en los que opera el fuero sindical. El primero se refiere a la protección de los candidatos a dirigentes o delegados y, el segundo, a los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio. En el primer caso, se ha mejorado la regulación existente, que protegía a los candidatos sólo respecto del despido nulo (artículo 46 del DS 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo); en cambio, en el segundo caso, la incorporación de este supuesto en el artículo 31 de la LRCT tiene más un significado sistemático, en la medida que el Reglamento de la LRCT, en su artículo 12, extendía la protección a los miembros de la comisión negociadora.

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

En lo que hace a la extensión del *ámbito temporal de la protección*, además de lo que acabamos de mencionar respecto de los miembros de un sindicato en formación (desde la presentación de la solicitud de registro hasta tres meses después) y de los integrantes de la comisión negociadora (hasta tres meses de culminada la negociación respectiva), sólo está prevista una regulación específica -y exigua si la comparamos con los países de nuestro entorno-¹⁴⁴ para el caso del despido nulo por razones antisindicales. Ello en los siguientes términos: a) tratándose de candidatos a representantes de los trabajadores debidamente inscritos, desde los treinta días anteriores a la realización del proceso electoral, hasta treinta días después de concluido este; y b) tratándose de representantes de los trabajadores, hasta noventa días después de haber cesado en el cargo. Agregándose que «en ambos casos, la protección alcanza sólo a quienes postulan, han sido elegidos o han cesado en cargos que gozan del fuero sindical» (artículo 46 del DS 01-96-TR). Estamos ante una regulación (no prevista en la LRCT, en los dos últimos casos) que resulta criticable por la estrechez de los plazos y la confusión que genera; puesto que, como se encarga de resaltar Arce (1999: 198), es evidente que no cumplirá con su finalidad disuasoria, ya que resulta más o menos fácil suponer que la motivación ilegítima se materializará antes o después de los treinta días, o tres meses, según sea el caso.

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

¹⁴⁴ Al respecto, Ferro (1996: 52-53) tras un somero análisis de las legislaciones española, brasileña y argentina, concluye que «la protección en el derecho comparado tiende a ser significativamente más amplia».

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

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

La utilización del Convenio 98 y la referencia general prevista en el artículo 4 de la LRCT para ampliar las restricciones subjetivas y objetivas del fuero sindical en el Perú y llevarlo a su complejidad real es plenamente de recibo; sin embargo, tenemos que concordar plenamente con Sanguineti (1995: 393) en que queda pendiente todavía esa «norma de cierre», destinada a asegurar la vigencia del conjunto de sus disposiciones, que ofrezca, como sucede en otros ordenamientos, una protección amplia y eficaz a favor de cualquier trabajador o sindicato, frente a toda práctica que se capaz de conculcar la libertad sindical («conducta antisindical»), sin importar la forma que esta revista (disposiciones, acuerdos, actos unilaterales, comportamientos puramente materiales, omisiones, etc.) o el sujeto que la lleve a cabo (el empleador, asociaciones empresariales, los poderes públicos o incluso los propios sindicatos).

Por todo ello, es imprescindible que se subsane este vacío estableciendo un conjunto de mecanismos preventivos, reparatorios, sancionatorios y procesales dirigidos a defender la libertad sindical en todas sus facetas;¹⁴⁵ y que, por tanto, cobije a la totalidad de sujetos que desarrollan actividad sindical (universalidad subjetiva), y

¹⁴⁵En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical (OIT 2006: 175, párrafo 822) ha sostenido que «es necesario que se prevean en la legislación, de manera expresa, recursos y sanciones suficientemente disuasivos contra los actos de discriminación antisindical, a fin de garantizar la eficacia práctica de los artículos 1 y 2 del Convenio núm. 98». Agregando en el párrafo 824 de la misma página que «el Comité ha señalado la necesidad de garantizar, mediante disposiciones específicas y *sanciones penales y civiles*, la protección de los trabajadores contra actos de discriminación antisindical por parte de los empleadores» (cursivas nuestras).

se aplique a todas las multiformes prácticas antisindicales (universalidad objetiva) y a todos los infractores (universalidad del sujeto infractor).¹⁴⁶

En el caso de los mecanismos preventivos, dirigidos a evitar que se lleguen a producir las conductas antisindicales y que, por tanto, brindan una tutela especialmente idónea al impedir la afectación manteniendo incólume la libertad sindical, hay que destacar la necesidad de una tutela al momento de la contratación y durante la existencia de la relación laboral. En el primer caso, el control de la contratación de la fuerza de trabajo debe dirigirse a impedir la exclusión de los militantes sindicales; en tanto que, en el segundo caso, se debe destacar la importancia de la existencia de procedimientos previos a cualquier decisión que afecte la libertad sindical durante la relación laboral (desde el despido o traslado individual de un dirigente, hasta los casos de autorizaciones administrativas para ceses colectivos o suspensiones). Respecto de los mecanismos reparatorios, cuya necesidad se hace patente una vez que se ha producido la práctica antisindical, hay que resaltar tanto la necesidad de que existan medidas cautelares (sobre todo suspensiones) que de la forma más rápida posible restañen la violación, devolviendo las cosas al estado anterior a esta, como la sanción de nulidad de todo acto antisindical y no sólo del despido -que tiene tal consideración-, en la medida en que las reparaciones imperfectas (indemnización de daños y perjuicios) resultan totalmente insuficientes para la protección de la libertad sindical.

En lo que hace a la implantación complementaria de mecanismos sancionatorios, que son los que tienen como finalidad castigar al agente de la afectación de la libertad sindical, habría que buscar la implantación tanto de sanciones de carácter económico, cuanto de carácter penal,¹⁴⁷ según la gravedad y reiteración de la infracción; y, para el caso de las sanciones penales, cuando los demás medios de control social resulten ineficaces o insuficientes, como sostiene Terradillos (1983: 663). Finalmente, en lo que hace a los mecanismos procesales, y siguiendo de

¹⁴⁶ Sobre el particular, Lovatón (1991: 58) presenta una precisa síntesis del modelo de protección de la OIT, señalando que tiene las siguientes características: a) su ámbito objetivo de protección es amplio, pues considera como transgresión de la libertad sindical «todo acto» de discriminación y de injerencia; b) su ámbito subjetivo es igualmente amplio, ya que considera como sujeto protegido tanto al trabajador, individualmente considerado, como a la organización de trabajadores; y respecto del primero, protege a «todo trabajador», aunque estableciendo una especial protección en el caso de los dirigentes sindicales; c) protege la libertad sindical contra actos violatorios provenientes del Estado, de los empleadores y de cualquier otra persona, incluyendo a las organizaciones sindicales; d) establece una «adecuada protección» a través de mecanismos específicos, como la reincorporación efectiva y la inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador; y, e) promueve el ejercicio libre y eficaz de la libertad sindical, reconociendo facilidades y prerrogativas tales como la licencia sindical y las cuotas sindicales.

¹⁴⁷ Así, el Comité de Libertad Sindical (OIT 2006: 175, párrafo 825) sostiene que «un sistema de protección contra actos de discriminación antisindical que incluye multas severas en caso de despidos antisindicales, intimación administrativa al reingreso y posibilidad de clausura de la empresa no es contrario al Convenio núm. 98».

nuevo al Comité de Libertad Sindical (OIT 2006: 168, 174, párrafos 782 y 819, respectivamente), resulta indispensable dotar al agredido en su libertad sindical de un haz de instrumentos procesales que le permitan superar la tremenda dificultad - y, en muchos casos, imposibilidad- de aportar la prueba de que la medida de que ha sido víctima constituye un caso de discriminación antisindical.

En tal sentido, se hace indispensable un procedimiento rápido, económico y totalmente imparcial, para decirlo en los términos del Comité de Libertad Sindical (ídem.: párrafos 749-751), en el que se autorice la participación de los sindicatos al menos como coadyuvantes, se establezca la inversión de la carga de la prueba¹⁴⁸ -exigiendo que el trabajador sólo presente la existencia de indicios de la antisindicalidad de la conducta cuestionada para evitar la *probatio diabolica* que significaría dejar en sus hombros toda la carga probatoria-,¹⁴⁹ se dispongan medidas cautelares -sobre todo de suspensión de la violación- para evitar la irreparabilidad del daño y adecuadas medidas indemnizatorias para cuando no se pueda reponer al trabajador en el goce de su derecho.

Pero no sólo eso. Como el papel de la ley en el terreno de las relaciones colectivas es relativo, resulta imprescindible complementarlo apuntalando la existencia y actuación de los sujetos colectivos con la aprobación de una normativa de signo promocional (garantista y facilitadora de la actividad sindical); puesto que la existencia de sujetos colectivos poderosos y representativos es la mejor garantía contra las amenazas y vulneraciones de la libertad sindical.¹⁵⁰ De allí que, junto con la exigencia formulada anteriormente -acerca de la necesidad de establecer mecanismos preventivos, reparatorios, sancionatorios y procesales-, haya que exigir que se levanten todos los obstáculos impuestos por el legislador, tanto en el terreno organizativo (surgimiento y configuración del sujeto colectivo), cuanto en el del desarrollo de la actividad sindical (negociación colectiva, huelga, facilidades para la actuación sindical, derecho de información, etc.); cambiándose, de este modo, el

¹⁴⁸Y no sólo frente al empresario, sino ante cualquier otro sujeto agresor de la libertad sindical, como bien señala Lovatón (1991: 153).

¹⁴⁹La Recomendación 143 de la OIT en su artículo 6.2.e) exhorta a «imponer al empleador, cuando se alegue que el despido del representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado». Y de manera concordante, el Comité de Libertad Sindical (OIT 2006: 177, párrafo 831) ha sostenido que «además de los mecanismos de protección preventiva contra actos de discriminación antisindical (como por ejemplo la obtención de la autorización previa de la inspección de trabajo antes de proceder al despido de un dirigente sindical), otra forma de garantizar una protección eficaz podría consistir en obligar a los empleadores a aportar la prueba de que su decisión de despedir a un trabajador no está vinculada a las actividades sindicales del mismo».

¹⁵⁰En esta dirección, coincidimos plenamente con Lovatón (1991: 123) cuando afirma que «de hecho, el principal mecanismo preventivo de protección es la existencia de un movimiento sindical poderoso y representativo, que tiene un gran efecto disuasivo y desestimulante de los actos conductas antisindicales empresariales y que muchas veces resulta la única garantía de la libertad sindical frente a posibles agresiones por parte del Estado».

signo restrictivo e intervencionista de la legislación por otro de carácter promotor de la libertad sindical.

7.4 La protección constitucional de la libertad sindical: el proceso de amparo

Como derecho fundamental consagrado en la Constitución,¹⁵¹ la libertad sindical ha podido y todavía puede defenderse a través del proceso de amparo previsto en su artículo 200.2. Y comenzamos de esta manera nuestro acercamiento a este tema, porque desde la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, a finales de 2004, el amparo perdió su carácter de vía alternativa para la defensa de los derechos constitucionales, transformándose en vía subsidiaria o residual respecto de las «vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado».¹⁵² Pero a pesar de este cambio radical,¹⁵³ que no está exento de justificadas críticas,¹⁵⁴ todavía es posible recurrir al proceso constitucional para defender la libertad sindical frente a cualquier amenaza o violación; porque el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente 0206-2005-PA/TC, que es precedente vinculante, ha establecido:

- Determinación de la clara obligación de garantía de la libertad sindical y su alcance subjetivo universal respecto de todos los trabajadores (y empleadores), al señalar que la consagración constitucional de la libertad sindical y las normas internacionales aplicables «imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo» (fundamento jurídico 10).
- Determinación de doble titularidad de la libertad sindical, y del derecho de las organizaciones a elegir a sus representantes, así como la correlativa obligación

¹⁵¹El artículo 200.2 de la Constitución habla de derechos «constitucionales», utilizando un término poco usual en los ordenamientos jurídicos comparados, que mayoritariamente y justificadamente se refieren a derechos fundamentales.

¹⁵²Según el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

¹⁵³Sustentado en el carácter de tutela de urgencia de este instituto y en un mejor acoplamiento con la tutela ordinaria, como sostiene Abad (2004: 132 y 571).

¹⁵⁴Al recortar lo previsto en el artículo 200.2 de la Constitución, y al no tener en cuenta que la vía ordinaria no es igualmente satisfactoria y que tras la reformulación del despido por el Tribunal Constitucional no se han regulado los mecanismos procesales ordinarios que la materialicen, como afirma Blancas (2006: 370-374).

de proteger a todos los trabajadores sindicalizados contra todo acto antisindical, cuando determina que la libertad sindical «no sólo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica (Fundamento 26). Esta dimensión de la libertad sindical se justifica por cuanto el artículo 3.1. del Convenio N.º 87 de la OIT, anteriormente citado, precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción, en tanto que el artículo 1.2. del Convenio N.º 98 de la OIT, como ya se dijo, establece la protección a los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedirlo o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales» (fundamento jurídico 11).

- Determinación del alcance universal subjetivo, objetivo y temporal de la protección de la libertad sindical, y señalamiento de la protección como requisito para el ejercicio de los derechos sindicales, incluyendo la negociación colectiva y la huelga, al señalar que «debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga» (fundamento jurídico 12).
- Necesidad de reparar cualquier conducta antisindical que afecte a los afiliados, sus dirigentes o afecte el funcionamiento del sindicato, al determinar que «todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado» (fundamento jurídico 13). A lo que agrega que las garantías se justifican en la medida en que los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran una sociedad democrática, «consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de

amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos» (fundamento jurídico 14).

Hemos glosado con detalle este relevante pronunciamiento del Tribunal Constitucional, puesto que no sólo señala las razones por las que el carácter residual del amparo no es aplicable a las vulneraciones de la libertad sindical, sino porque consolidan la visión que nuestro supremo intérprete de la Constitución tiene de la libertad sindical, como un derecho complejo, individual y colectivo, de organización y actividad, que tiene a la esfera tutelar como presupuesto de su propia existencia. Además, porque utiliza el Convenio 98 para precisar los alcances de la protección de este derecho, con la universalidad subjetiva, objetiva y temporal -que hemos destacado anteriormente-, en claro contraste con la protección que proporcionan las vías del despido nulo y del fuero sindical establecido por la ley.

Al respecto, mientras que a través del despido nulo se protege a cualquier trabajador contra la extinción del vínculo laboral por razones antisindicales, y a través del fuero sindical previsto por la LRCT se protege sólo a determinados dirigentes sindicales respecto del despido y traslado incausados, el proceso de amparo permite que cualquier trabajador que realiza actividades sindicales pueda concurrir a esta vía para reclamar contra el causante del perjuicio cuestionado. Si bien la casi totalidad de la jurisprudencia constitucional se ha referido al caso del despido antisindical, no queda duda tras las razones y fundamentos de la sentencia reseñada que cualquier trabajador podrá recurrir al proceso de amparo para defenderse frente a todo acto lesivo que los perjudique en razón a su afiliación o su desarrollo de actividades sindicales, como no podía ser de otra manera habida cuenta que el Convenio 98 de la OIT forma parte del bloque de constitucionalidad.

Estamos, pues, ante un mecanismo procesal excepcional, preferente y sumario, cuya finalidad es reponer las cosas al estado anterior al de la vulneración o amenaza de violación de la libertad sindical (en el caso que aquí estudiamos). En tal sentido, no dudamos en reconocer el valor que tiene esta demanda de amparo pero, por ello mismo, no podemos avalar la hipótesis de la suficiencia de la tutela de la libertad sindical a partir de ella, en la medida en que se trata de una vía procesal genérica (para cualquier derecho constitucional) que, por lo mismo, no recoge reglas específicas de la libertad sindical que son imprescindibles para que el sistema jurídico cumpla con su obligación de tutelar eficazmente a la libertad sindical, como ya se ha detallado en el punto anterior. Además, carece de etapa probatoria, con lo que sólo pueden obtener resultados positivos aquellas violaciones que pueden documentarse desde la misma demanda, dejando sin protección a un gran número de conductas antisindicales en las que el infractor se ha cuidado de no dejar evidencias palpables del carácter antisindical de su conducta.

En tal sentido, seguimos considerando necesario el establecimiento de un proceso de tutela específica de la libertad sindical, que partiendo de estar asignado a los jueces laborales, sea sumario y preferente, permita la participación de los sujetos colectivos, invierta la carga de la prueba, etc., que reseñamos en el punto anterior.

7.5 La protección internacional de la libertad sindical: el Comité de Libertad Sindical

La libertad sindical ha sido el primer derecho fundamental en contar con específicos mecanismos internacionales para su protección (Jiménez de Arechaga 1980: 74), logrando, además, cierta efectividad en la materia (Ermida y Villavicencio 1991: 22).¹⁵⁵ Y, como no podía ser de otra manera, estos mecanismos han surgido en el seno de la OIT, puesto que para una institución que dirige su actividad al campo laboral y se construye sobre una estructura tripartita, la libertad sindical tiene una importancia superlativa,¹⁵⁶ que lleva a que imponga el respeto de este derecho incluso a los países que no han ratificado los convenios internacionales de trabajo sobre el particular; en la medida en que tal obligación se deriva del respeto a la Constitución de la OIT que se impone a los países que la integran.

Por ello, en el seno de la OIT, al lado de los mecanismos regulares de control, dirigidos a promover y verificar la aplicación de los convenios que adopta la Conferencia,¹⁵⁷ incluyendo, por supuesto, los referidos a la libertad sindical, se crearon complementariamente -en 1950- la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de libertad sindical (compuesta por especialistas en la materia) y -en 1951- el Comité de Libertad Sindical (de integración tripartita), que examina las quejas sobre violación de la libertad, sin requerir para ello de autorización alguna del gobierno en cuestión. De esta manera, la OIT no sólo ha buscado establecer un varia-

¹⁵⁵Fuera de la OIT, la libertad sindical como derecho fundamental reconocido en todos los instrumentos internacionales puede ser defendida utilizando los mecanismos «inespecíficos» de tutela de estos derechos. Un desarrollo detallado de tales mecanismos puede verse en Neves Mujica (1992: 181, 183).

¹⁵⁶De importancia «muy particular» habla Pouyat (1982: 325), «primordial» señala Yannopoulos (1973: 10) o «más especial», según Válticos (1977: 240).

¹⁵⁷Los mecanismos regulares de control están constituidos por el procedimiento regular y los procedimientos de reclamaciones y quejas. El primero es un procedimiento en el que la OIT, de oficio, a través de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión de Normas de la Conferencia, supervisa el cumplimiento por los Estados de las obligaciones que emanan de los convenios que hayan ratificado. El procedimiento de reclamaciones se inicia a solicitud de alguna organización empresarial o sindical cuando un determinado país no ha cumplido con tales obligaciones. El procedimiento de quejas puede ser presentado por cualquier delegado de la Conferencia, por un país contra otro que haya incumplido un convenio o puede ser iniciado de oficio por la OIT. Un desarrollo detallado sobre el particular puede verse en Neves Mujica (1992: 184-187) y Von Potobsky y Bartolomei (1990: 91-120).

do instrumental tutelar de la libertad sindical, sino que les ha asignado también como misión elaborar un conjunto de principios que han venido, en los autorizados términos de Von Potobsky (1972: 83), «a completar y dar mayor precisión a las normas contenidas en los convenios sobre libertad sindical y cuya observancia acompaña su aplicación aun cuando no estén específicamente formulados en tales instrumentos».

De todo ese andamiaje tutelar, el órgano más importante es, sin lugar a dudas, el Comité de Libertad Sindical.¹⁵⁸ Compuesto por nueve miembros (tres representantes de los gobiernos, tres de las organizaciones de trabajadores y tres de las de empleadores), tiene funciones cuasijurisdiccionales, de allí que el procedimiento adoptado para su pronunciamiento responda a los principios básicos en materia contenciosa, dotándolo de la mayor imparcialidad y objetividad posibles. En tal sentido, ningún representante o ciudadano de un Estado contra el cual se plantea una queja, así como ninguna persona que ocupe un puesto oficial en la organización nacional de empleadores o trabajadores autora de la reclamación puede participar en los trabajos del Comité cuando este se ocupe de algún caso en que dichas instituciones estén interesadas.

La concepción de libertad sindical que maneja el Comité no se restringe a la esfera organizativa de este derecho, como podría desprenderse de una lectura reductiva y literal del Convenio 87, sino que asume la verdadera complejidad de este derecho teniendo en cuenta la esfera dinámica del mismo, por lo que se ocupa también de las quejas respecto de las restricciones de la negociación colectiva y la huelga en tanto se trata de expresiones centrales de la libertad sindical.¹⁵⁹

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

¹⁵⁸Un análisis detallado sobre este órgano puede verse en OIT (1988: 17-24) y en Ermida y Villavicencio (1993).

¹⁵⁹Sobre el particular pueden verse los 184 pronunciamientos sobre negociación colectiva y los 146 sobre huelga reseñados en OIT (2006: 189-228 y 115-144). En lo que hace al tema de la huelga (y su directo entroncamiento con la libertad sindical) sobre el que no existe ningún Convenio aprobado, véase el trabajo de Guido, Otero de Dios y Guernigon (1998).

con el fin de que tome conocimiento de ellas y adopte las medidas necesarias para eliminar las afectaciones a la libertad sindical detectadas por el Comité.

La eficacia de la acción del Comité de Libertad Sindical ha sido significativa, aunque el valor jurídico de sus decisiones, que abordaremos a continuación, no haya conseguido unanimidad hasta la fecha. La gran carga de condena moral que los avala, acompañada de la *movilización de la vergüenza* que suele acompañarlos, así como su enorme legitimidad al ser tomados por unanimidad en un órgano tripartito (a pesar de ser necesaria sólo mayoría) ha llevado a que puedan conseguir numerosos resultados tangibles en defensa de la libertad sindical; entre los cuales cabe mencionar, a guisa de ejemplo, el reconocimiento de personalidad jurídica a sindicatos que se les había negado tal atributo (Ecuador, Etiopía, Colombia), la extensión del derecho de sindicación a categorías excluidas por normas nacionales (Guatemala, Brasil, Chipre, Camerún, Pakistán, Filipinas), la modificación de las legislaciones que prohíben a las organizaciones sindicales la vinculación con un partido político o la realización de actividades políticas (España, Portugal, Mauritania, Filipinas, Grecia, Madagascar, Uruguay), la supresión de las facultades concedidas a las autoridades administrativas para disolver o suspender organizaciones sindicales o el traslado de estas atribuciones al campo judicial (Alemania, Níger, Pakistán, Panamá, Honduras, Guyana, Barbados).¹⁶⁰ En lo que hace a nuestro país, habría que destacar la paralización de proyectos de ley restrictivos del ejercicio del derecho de huelga ocurrida a lo largo de los años 80, a partir de los cuestionamientos formulados por el Comité de Libertad Sindical.¹⁶¹

7.6 El valor constitucional de los pronunciamientos de los órganos de control de cumplimiento vinculados a tratados internacionales, particularmente de la OIT

Así como la Constitución cuenta con diversos mecanismos dirigidos a garantizar su aplicación real y efectiva, en el mundo del Derecho Internacional se observa la misma necesidad y se ha actuado también en igual dirección, con la peculiaridad de que en este último ámbito se ha pretendido incentivar fundamentalmente a los Estados para que respeten las obligaciones asumidas en función de las normas internacionales que han suscrito. Pero como las invocaciones y las denuncias no han conseguido sus fines de una manera significativa, se ha tenido que ingresar al campo del control internacional de cumplimiento, definido por Borrás (2007: 675) como «aquél instituto jurídico cuya finalidad es garantizar la aplicación y cumpli-

¹⁶⁰Para una presentación detallada de tales pronunciamientos véase, Ermida y Villavicencio (1993: 103 y ss.).

¹⁶¹Una completa sistematización de las objeciones del Comité de Libertad Sindical a la LRCT puede verse en Neves Mujica (1994a).

miento del Derecho Internacional a través de diferentes mecanismos basados en un procedimiento, normalmente complejo, que trata de prevenir, comprobar y promover el acomodo efectivo de la conducta de los sujetos internacionales, esencialmente Estados, a cánones predeterminados de valoración jurídica». Estamos, pues, ante un variado instrumental que se refleja también en algunas normas internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo artículo segundo se dispone que «los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, *las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*» (cursivas nuestras).

En tal contexto, una vez suscrito un instrumento internacional el Estado no puede mantener una actitud abstencionista respecto de la aplicación y del desarrollo de los derechos reconocidos y regulados por tal norma, sino que debe realizar todas las acciones necesarias para eliminar cualquier obstáculo para su vigencia efectiva y garantizarle un *habitat* cuyo espacio mínimo sería el contenido esencial del derecho. Los órganos creados para fines de control de cumplimiento son muy variados: existen los jurisdiccionales, los cuasijurisdiccionales, los que se pronuncian sobre denuncias o quejas específicas, los que analizan memorias de país, etc. Veamos, a continuación, los argumentos que están llevando a profundizar la ruta que conduce a brindar una eficacia cada vez más intensa a las *interpretaciones generales* de los tratados elaboradas por estos órganos, ante lo cual se ha llegado a atribuirles a algunos de ellos -los jurisdiccionales, en primera línea- valor jurídico pleno.

Al respecto, y para comenzar, se debe traer a colación -como marco de referencia-, la lógica que subyace al campo de la operatividad constitucional difundida en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales e internacionales deben llevarse a cabo de conformidad con los dictados de los organismos centrales encargados de tal fin.

Dentro de los múltiples instrumentos requeridos para que la Constitución cumpla su rol de norma fundacional y suprema, ha sido necesario precisar que esta no solo involucra a otras normas bajo el paraguas del bloque de constitucionalidad, sino que se ha requerido verla determinada con precisión en diferentes casos concretos: la imagen utilizada es la de la *Constitución en acción* o *Constitución viva*. Para ello, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto, en el artículo VI del Código Procesal Constitucional, que «los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*» (cursivas nuestras); de modo en que ya no solo se habla de *cosa juzgada*, sino también de *cosa interpretada*. Lo que interesa resaltar de esta disposición gira alrededor del valor supremo que se está otorgando

al contenido y a los alcances de los derechos precisados por el Tribunal Constitucional. Y ello está plenamente justificado, ya que por su naturaleza -de una parte- la Constitución es una norma que establece regulaciones generales y -de otra parte- el contexto cambia constantemente y exige respuestas coherentes con la carta máxima. Ambos criterios exigen una lectura cotidiana de la Constitución por el intérprete supremo, en la que se recojan los grandes valores, principios y derechos, y se los adecue a circunstancias concretas.

Este mismo fenómeno se ha manifestado asimismo en el mundo del Derecho Internacional. Al respecto, representa un hito lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, cuando afirma que «el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención» (párrafo 124). Ello es plenamente consistente con la posición de nuestro Tribunal Constitucional,¹⁶² el cual, como ya vimos, considera que las decisiones de los tribunales internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. De acuerdo con este razonamiento, los jueces deberían realizar no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad de diversas normas y durante dicho proceso de control no deberían considerar únicamente el texto literal de las normas aludidas, sino recurrir necesariamente a la precisión de alcances y contenidos llevados a cabo por los órganos supremos encargados de tal función. Ello, según creemos, no sólo resulta predicable respecto del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana, sino que puede extenderse a otros órganos creados con la misma finalidad, aunque no sean de índole jurisdiccional pura. Parece claro que en nuestro país el artículo V del Código Procesal Constitucional se refiere a tribunales internacionales y que nuestro Tribunal Constitucional ha admitido con claridad que la Corte Interamericana es el paradigma de organismo aludido por tal norma -y, por tanto, ha entendido que debe ser jurisdiccional-. Sin embargo, creemos que si seguimos la lógica que le da sustento, no tendríamos por qué cerrar la puerta a otros órganos creados alrededor de una norma o actividad normativa concreta, de ámbito internacional, que cumple la misma función: precisar el contenido y los alcances de los derechos aludidos.

Por lo tanto, la lógica anotada conduce a perseverar -y profundizar- en el camino de otorgar valor jurídico-constitucional a los pronunciamientos de los órganos de control vinculados con un instrumento internacional. Se ubica sobre esta línea, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que en el caso

¹⁶²Fundamento jurídico 26 de la sentencia recaída en el expediente 0007-2007-PI/TC, 19 de junio de 2007; fundamento jurídico 44 de la sentencia recaída en el expediente 4587-2004-AA/TC, 29 de noviembre de 2005; y fundamentos jurídicos 12, 13 y 14 de la sentencia recaída en el expediente 2730-2006-PA/TC, 21 de julio de 2006.

2313 de 1995 acogió la petición de un periodista quien demandó la inconstitucionalidad de una ley que establecía la colegiatura obligatoria, principalmente apoyado en la Opinión Consultiva 5 de la Corte Interamericana de Justicia, en la que se consideraba que dicha imposición era contraria a la Convención Americana.¹⁶³ Véase que en este caso no estamos ante las funciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana, sino ante las denominadas *funciones consultivas*, que no distan mucho de las realizadas por algunos comités y comisiones, como puede ser -en el campo laboral- la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Al respecto, hay que concordar con Landa (2003: 127) en que «la consolidación de la democracia y la preocupación por el Estado Constitucional de Derecho impone el deber de respeto y de cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales de supervisión en materia de derechos humanos».

Desde otro ángulo complementario y no opuesto, existen ciertos argumentos dirigidos a favorecer el carácter vinculante de las decisiones de los órganos internacionales de control, a partir de las consideraciones propias del Derecho Internacional. Al respecto, no es difícil colegir que este carácter puede derivarse en función de que el artículo 26 de la Convención de Viena haya recogido el *pacta sum servanda* y dispuesto que los Estados deben cumplir de buena fe con sus obligaciones internacionales: si se ha ratificado un tratado, se ha aceptado la existencia de los órganos de control por ellos previstos, más allá incluso de si el tratado les brinda o no naturaleza vinculante.¹⁶⁴ Es decir, si un Estado ratifica un convenio y este posee un órgano que interpreta su contenido y sus alcances, para actuar en consonancia con el principio de buena fe, el Estado debe acatar los pronunciamientos de tales órganos que especifican el alcance de las obligaciones internacionales.

En el caso específico del mundo interamericano, se pueden citar con carácter general las expresiones de Landa (2003: 127), cuando afirma que: los compromisos internacionales asumidos por los Estados de la región al sumarse a la Organización de Estados Americanos y al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Hu-

¹⁶³Como señala Uprimny (2005: 169), esta no es la única postura en el ámbito iberoamericano, en la medida en que, en otro extremo, países como Venezuela entienden que lo que se constitucionaliza es el texto del tratado pero no sus interpretaciones. Asimismo, otras naciones como España o Argentina, se encuentran en una posición intermedia: sus tribunales constitucionales señalan que la interpretación de los derechos constitucionales debe guiarse por la jurisprudencia internacional de los órganos de control, con lo cual esta debe ser tenida en cuenta, pero mantienen la posibilidad de separarse de ella si existen razones justificadas para ello.

¹⁶⁴Sobre la base de esta consideración, la Corte Interamericana pasó a considerar que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen fuerza vinculante, a partir del caso Loayza Tamayo contra el Perú.

manos exigen el respeto de los derechos reconocidos por la Declaración Americana y la Convención Americana; así como la obligación de garantizar los derechos humanos conlleva el deber de adoptar aquellas disposiciones de derecho interno que hagan posible la efectiva protección de los mismos, incluida la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de supervisión de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos a fin de permitir la reparación integral de las violaciones cometidas.

De otra parte, Uprimny (2005: 173) trae a colación un argumento constitucional que, si bien se refiere a la carta suprema colombiana, tiene fácil réplica en términos nacionales, por lo que lo formularemos a partir de nuestra propia Constitución. Se puede señalar que la obligatoriedad de las decisiones de los órganos internacionales de control se ve reforzada en la medida en que nuestra norma suprema, en su artículo 44, establece que es una función primordial del Estado velar por el respeto a los derechos humanos, con lo que las decisiones aludidas únicamente recuerdan a las autoridades nacionales la obligación constitucional de respetar los derechos humanos. Y por esta vía no se estaría yendo hacia formas distintas de incorporación de normas internacionales, sino que se está precisando exclusivamente el contenido de una norma ya ratificada. Por último, Uprimny (*idem*) se refiere a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y menciona que no aceptar la fuerza vinculante de las decisiones de los órganos de control termina vulnerando el debido proceso; en la medida en que, si las obligaciones internacionales asumidas por un determinado país conllevan la posibilidad de que las personas accedan a instancias internacionales de protección -y en dichos ámbitos el Estado puede intervenir y defenderse, e incluso dichas instancias pueden llegar a una decisión concreta-, resulta violatorio del debido proceso que dicha determinación internacional no sea cumplida.

Asimismo, nuestro propio Tribunal Constitucional ha venido impulsando con fuerza la necesidad de constitucionalizar el ordenamiento jurídico, que equivale a interpretar la legalidad desde la Constitución,¹⁶⁵ razón por la cual debemos reconocer también la fuerza jurídica de los pronunciamientos de los órganos de control, que justamente buscan detectar y denunciar los incumplimientos de normas constitucionales de origen internacional.

Mención especial merece el caso de la OIT, tan relevante en el mundo de las relaciones laborales, en el que los convenios y las recomendaciones que aprueba no traen órganos específicos de control y en el que su Constitución otorga la tarea de dar una interpretación definitiva de los convenios a la Corte Internacional de Justicia (artículo

¹⁶⁵Véase la sentencia recaída en el expediente 0217-2002-HC/TC.

lo 37.1). Pero también lo es que en la medida en que, por su propia naturaleza, este organismo multilateral cuenta con una estructura orgánica dirigida al ejercicio de las funciones de control, lo que requiere necesariamente de una labor previa de precisión del alcance de las normas concernidas.

La trascendencia de esta labor interpretativa, como instrumento de aterrizaje específico o puntualización de lo normado, tiene como avales varios argumentos de peso. En primer lugar, debe señalarse que la interpretación de los órganos de control de la OIT cuenta con una *presunción de validez*: en el campo de la interpretación definitiva de la Corte Internacional, su Constitución abre la posibilidad de que un país que no se encuentre conforme con la determinación que realicen los órganos de control acerca de los alcances de una norma acuda a ella para dirimir la controversia hermenéutica, lo que supone que la lectura de los órganos de control será válida y vinculante, en tanto no exista un pronunciamiento de la Corte que la contradiga.

La propia Comisión de Expertos se ha pronunciado en este sentido, en 1990,¹⁶⁶ al afirmar que:

la Comisión debe examinar el significado de ciertos artículos de los mismos, determinar su alcance jurídico y, si hubiese lugar, expresar su parecer al respecto. En consecuencia, mientras la Corte Internacional de Justicia no contradiga los puntos de vista de la Comisión, estos siguen siendo válidos y generalmente reconocidos. La situación es idéntica en lo relativo a las conclusiones o recomendaciones de las comisiones de encuesta que la Corte Internacional de Justicia, según el artículo 32 de la Constitución, puede confirmar, enmendar o anular no pudiendo las partes rechazar legítimamente la validez de tales conclusiones o recomendaciones fuera del procedimiento previsto en el párrafo 2 del artículo 29 de la Constitución.

En segundo lugar, vale hacer referencia al deber de cumplimiento de buena fe previsto por el artículo 26 de la Convención de Viena, que no puede llevarse a cabo si uno hace oídos sordos a lo que se señala desde el entramado orgánico en donde se ejerce la compleja labor de control de cumplimiento.

En tercer lugar, se ha resaltado específicamente y con certeza por Beaudonnet (2009: 94) que la labor interpretativa que tienen que realizar necesariamente los órganos de control cuenta con «características que les otorgan una importancia y legitimidad únicas: alto nivel de especialización, tanto de los órganos como del

¹⁶⁶Informe General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de 1990, parágrafo 7.

secretariado de la OIT que los apoya, naturaleza internacional, imparcialidad y alto nivel jurídico de los miembros de la Comisión de Expertos y de las Comisiones de Encuesta, tripartismo del Comité de Libertad Sindical y de los Comités ad hoc».

En cuarto lugar, existen razones de legalidad internacional y seguridad jurídica, que se derivan de la actuación de los órganos de control, que no pueden dejarse de lado al analizar la vinculabilidad de sus interpretaciones generales de las normas internacionales. Nuevamente, podemos citar al respecto los términos claros del Informe General de la Comisión de Expertos de 1990, en el que se afirma que la aceptación de tales interpretaciones «es indispensable a la propia existencia del principio de la legalidad y, por consiguiente, de la seguridad jurídica necesaria al buen funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo». De esta relevante opinión se puede colegir sin dificultad que, si no se reconoce la autoridad de los órganos de control para definir internacionalmente el significado y el alcance de los convenios, se pone en tela de juicio la existencia misma del Derecho Internacional al dejar a los Estados la posibilidad de interpretar individualmente los convenios.

Por cierto, consideramos que lo que resulta vinculante gira alrededor de las interpretaciones generales que dichos órganos realizan a partir de las normas internacionales aludidas, mas no las referencias específicas a determinada situación o circunstancia fáctica. Es decir, lo que resulta relevante en esta materia es la interpretación de los alcances de los instrumentos aludidos, en la medida en que determinan los linderos normativos a tener en cuenta.

Finalmente, y como signo de los tiempos, un sector relevante de la doctrina considera que uno de los criterios básicos de la interpretación de las normas internacionales a tener en cuenta es precisamente el carácter vinculante de los pronunciamientos de los órganos de control creados para tutelar el cumplimiento de las obligaciones internacionales incumbidas. En tal sentido, afirma Ermida (2006: 18) que «cuando existe un órgano internacional creado expresamente para la interpretación o aplicación de un instrumento internacional, la interpretación realizada por ese órgano resulta vinculante para los operadores jurídicos. Por ejemplo: un país ratificante del Convenio 87 no puede interpretarlo de una manera diferente *in pejus* a como lo hacen el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT».

En tal sentido Barbagelata (2009: 247), nos habla del principio de adecuación a los criterios sentados por los órganos internacionales competentes, definiéndolo como aquel «conforme al cual las normas contenidas en un instrumento internacional deben ser aplicadas en el ámbito interno en la forma que efectivamente rigen en el

internacional, esto es, en un todo de acuerdo con la interpretación que le dan los órganos internacionales competentes, debe considerarse plenamente aceptado». Por todas estas razones, consideramos que los pronunciamientos de los órganos internacionales de control tienen un valor jurídico que los lleva a integrarse en el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Esto dista mucho, por cierto, de la consideración de *soft law* que, sin motivación alguna, les ha otorgando nuestro Tribunal Constitucional a las interpretaciones del Convenio 87 realizadas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT.¹⁶⁷

¹⁶⁷Sentencia recaída en el expediente 0025-2007-PI/TC, fundamento jurídico 31.