LIBERTAD SINDICAL (PERÚ)

GUILLERMO BOZA PRÓ

LA AUTONOMÍA COLECTIVA COMO PRINCIPIO RECTOR DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES PERUANAS

El anclaje constitucional de los derechos de libertad sindical se encuentra en el artículo 28 de la Constitución Política. Se consagra allí la autonomía colectiva en sus diversas manifestaciones como principio rector de nuestro sistema de relaciones laborales. Dicho precepto reconoce expresamente los derechos de sindicación (autonomía organizativa), negociación colectiva (autonomía normativa) y huelga (autotutela), ordenando al Estado que cautele su ejercicio democrático, debiendo entenderse esto último como una exigencia a las organizaciones sindicales para que funcionen internamente conforme a reglas democráticas —reparto de competencias en distintos órganos sindicales según su importancia, juego de mayorías y minorías, elecciones periódicas, etcétera— y no como una forma de permitir injerencias en las decisiones de los sindicatos por parte de la autoridad de turno.

Cabe resaltar el reconocimiento simultáneo que hace la Constitución de las tres manifestaciones centrales de la libertad sindical, que pone en evidencia el trípode sobre el que se erige ésta. La facultad de los trabajadores de organizarse para la defensa de sus intereses sería un derecho inacabado, si no se les reconociera y garantizara en paralelo la posibilidad de ejercitar dos funciones indiscutibles e indispensables de la acción sindical para lograr tal objetivo, como la negociación colectiva y la huelga. Los sindicatos nacen para negociar con la contraparte empresarial mejores condiciones de vida y de trabajo, y se valen de la huelga, como medida de presión por excelencia, para dotar de fuerza su posición ante el fracaso de las tratativas directas. Esto evidencia que el espacio natural de la huelga —aunque no el único, por cierto— es la negociación colectiva, pero al mismo tiempo, es poco probable que en un ámbito determinado se presente una negociación colectiva, y más tarde una huelga, si no hay un sindicato que la respalde. Por tanto, la viabilidad de cada uno de estos derechos o manifestaciones de la libertad sindical requiere el reconocimiento y garantía de los otros dos. Lo que refleja una relación de necesaria reciprocidad o interdependencia (interna) entre estos tres derechos.

Ahora bien, es necesario estar atentos a otra clase de estrecha relación de la libertad sindical, esta vez de naturaleza externa, y que es la que se da entre la libertad sindical y otro derechos fundamentales. Es de larga data la posición de los órganos

de control de la OIT (el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones) sobre la interdependencia externa que existe entre la libertad sindical y otras libertades públicas y derechos fundamentales —como el derecho a la vida, a la integridad física, a la inviolabilidad del domicilio, a no ser detenido arbitrariamente, al secreto de las comunicaciones, a la libertad de tránsito, a la libertad de expresión, entre otros— puesto que resulta prácticamente inviable ejercitar debidamente los derechos de libertad sindical si los militantes sindicales, sus representantes o cualquier trabajador, no pueden opinar libremente, se les impide reunirse para tratar los asuntos de su interés, se allanan sus locales o se interviene su correspondencia y líneas telefónicas. Por ello la necesidad de garantizar estos derechos para garantizar a su vez, y en forma plena, la libertad sindical.

EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL (STRICTO SENSU)

Referirse al derecho de libertad sindical supone, estrictamente hablando, referirse a un haz de derechos que forman parte del mismo. Y es que la libertad sindical, o su ejercicio, para ser más preciso, no se agota en una sola manifestación. La libertad sindical puede analizarse desde varios ángulos. Desde el punto de vista de su titularidad o, lo que es lo mismo, del sujeto que tiene reconocido el derecho, se puede hablar de libertad sindical individual cuando se refiere a derechos que corresponden o les son reconocidos al trabajador singularmente considerado; o de la libertad sindical colectiva, cuando los derechos corresponden ser ejercidos por la organización sindical como tal.

Pero también puede analizarse la libertad sindical desde la perspectiva de su contenido, y aquí pueden identificarse tanto aspectos organizativos como funcionales o de actividad. Así, la libertad sindical de organización alude a una dimensión estática del Derecho, que suele agotarse en un solo acto; la constitución de un sindicato, la afiliación de un trabajador a uno ya existente. Por su parte, la libertad sindical de actividad se vincula con la dimensión dinámica del Derecho, que es algo permanente y constante; como la participación activa del militante en la vida institucional de la organización o realizar conjuntamente con otros trabajadores medidas de presión.

Como se podrá suponer, los aspectos señalados no son incompatibles, antes bien se complementan, de modo tal que la libertad sindical individual comprende tanto aspectos de organización como de actividad, lo que puede predicarse también de la libertad sindical colectiva. En definitiva, los aspectos organizativos tienen una naturaleza instrumental, en la medida que son un medio —o instrumento— para desarrollar las funciones o aspectos dinámicos de la libertad sindical.

EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

Como se ha señalado, la libertad sindical se encuentra recogida en el artículo 28 de la Constitución. A diferencia de su predecesora de 1979, la actual Constitución tiene una lacónica consagración de este derecho, pues luego de precisar que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, y que cautela el ejercicio democrático de los mismos, establece en el inciso 1 del citado artículo que se garantiza la libertad sindical. Ahora bien, esto no significa que este derecho carezca de un contenido específico. Es aquí donde cobra importancia la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que exige una interpretación de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En la misma línea se sitúa el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el que añade que los derechos constitucionales se interpretan también de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En este orden de ideas, será necesario recurrir a los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, en particular los convenios Nos. 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es claro que el contenido del derecho de libertad sindical que puede construirse a partir de la remisión a los indicados convenios internacionales de trabajo es bastante amplio. La pregunta que surge entonces es si todo lo expuesto anteriormente forma parte o no del contenido esencial de dicho derecho.

¿Cuál es, en definitiva, el contenido esencial del derecho de libertad sindical? Es decir, aquel aspecto o característica que forma parte del núcleo irreductible del derecho que lo hace reconocible como tal, y que el legislador necesariamente debe respetar, a fin de no desnaturalizarlo. ¿Incluye tanto los aspectos individuales como colectivos, los orgánicos como los de actividad?, ¿incluye a la negociación colectiva y a la huelga, y a otras medidas de conflicto?

Sobre el contenido esencial del derecho de libertad sindical, el Tribunal Constitucional del Perú ha establecido las siguientes interpretaciones, que deben entenderse como una construcción permanente, que fue ampliándose con el correr del tiempo, de acuerdo con la *vis expansiva* del derecho constitucional a la libertad sindical:

- El contenido esencial del derecho de libertad sindical se refiere a los aspectos *orgánico* (consiste en la libertad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender intereses gremiales) y *funcional* (que consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones). Hay que recordar que la libertad sindical individual comprende tanto el derecho de constitución —la posibilidad que tienen los trabajadores, sin distinción alguna, de constituir las organizaciones que estimen

convenientes, según reza el artículo 2 del Convenio No. 87 de la OIT— así como el de afiliación, y que este último tiene tanto una dimensión positiva —el derecho de los trabajadores de afiliarse a la organización sindical de su elección, con la sola condición de observar sus estatutos— como negativa —el derecho de los trabajadores de desafiliarse, el mismo que, según algunos autores, supone también el derecho de no afiliarse, mientras que para otros, esto último es simplemente el no ejercicio del derecho de afiliación—).

- También abarca a la protección contra actos antisindicales. Es evidente que la consagración del derecho de libertad sindical, incluso al más alto nivel, será letra muerta si éste no viene rodeado de un conjunto de medidas que posibiliten su pleno ejercicio. Para ello, la normativa internacional del trabajo —que el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas (LRCT) recoge solo en forma parcial, pues protege únicamente a determinados trabajadores y solo frente al despido o traslados injustificados— ha diseñado un sistema de protección de este derecho, que comprende tanto a los trabajadores como a las organizaciones sindicales frente a actos de injerencia del empleador. Si, como se ha visto, el contenido esencial del derecho en cuestión se limita a aspectos de índole organizativo e individual, es entendible que éste sea también el ámbito de protección inicialmente diseñado por el Tribunal Constitucional.
- Remitiéndose al artículo 3.1 del Convenio No. 87 de la OIT, el Supremo Intérprete de la Constitución recuerda que las organizaciones sindicales tienen el derecho de: elegir libremente a sus representantes (autonomía o libertad de representación) y organizar su administración y sus actividades, así como formular su programa de acción (autonomía o libertad de gestión).

  Se recoge, de esta manera, dentro de la dimensión colectiva de la libertad sindical, dos aspectos de la llamada autonomía interna que pasan a reconocerse como parte del contenido esencial de la libertad sindical. Sin embargo, aunque no se hace referencia al derecho de las organizaciones sindicales de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos sin injerencia estatal, no habría que descartar de plano esta dimensión normativa de la autonomía sindical, pues su estrecho vínculo con la autonomía de representación y de gestión, es evidente. En ambos casos se proscribe toda intervención de las autoridades públicas que tienda a limitar o entorpecer el ejercicio de dicha autonomía, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de la autonomía de representación, con una norma estatal que estableciera pautas o directivas dirigidas a fiscalizar los procesos electorales para la designación de los dirigentes sindicales; o, en el caso de la autonomía interna de gestión, de pretenderse encorsetar las actividades de los sindicatos a asuntos estrictamente laborales, descartando asuntos de otra índole, como los políticos o socioeconómicos.
- Por ello, el Tribunal Constitucional precisa que la libertad sindical, en su dimensión plural (léase colectiva), no solo garantiza que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten, sino también actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos. En otras palabras, por esta interpretación se resalta la necesidad de una adecuada protección de ciertos aspectos de la dimensión colectiva de la libertad sindical, de cara a viabilizar el pleno ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga. En cualquier caso, esto no hace sino reflejar la interdependencia que existe entre libertad sindical, negociación colectiva y huelga, a la que se ha aludido anteriormente.

De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar un ámbito de autonomía a la organización sindical para que pueda actuar con libertad en la defensa de los intereses de los trabajadores. Uno de los instrumentos más importantes con el que actualmente se cuenta para garantizar la libertad sindical es la inspección laboral administrativa.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional no apuesta por un contenido esencial amplio del derecho de libertad sindical que comprenda a todas o a la mayor parte de sus distintas manifestaciones. Dicho contenido abarca únicamente a algunas manifestaciones de la libertad sindical, aquellas que el Tribunal Constitucional considera —por ahora— como fundamentales y que, en concreto, son: la libertad sindical individual en su dimensión estática o de organización (constitución y afiliación) y libertad sindical colectiva en su dimensión dinámica o de actividad (autonomía interna de gestión) y, parcialmente, en su dimensión estática (autonomía interna de representación).

Es en materia de libertad sindical, y específicamente en la fase de la constitución, de un sindicato o de la afiliación de los trabajadores al mismo, donde se produce gran parte de las afectaciones a este derecho. Con esto se busca erradicar de plano, y desde el inicio, cualquier intento de los trabajadores de organizarse para la defensa de sus intereses: el empleador despide a los principales dirigentes sindicales o motiva la desafiliación de los trabajadores al sindicato, intentando que no se conserve el número mínimo legalmente exigido para subsistir. Ahora bien, no siempre será fácil identificar que esta clase de comportamientos antisindicales provienen del empleador, razón por la cual estas conductas podrían quedar sin sanción.

PROTECCIÓN CONTRA ACTOS ANTI SINDICALES

La Autoridad Administrativa de Trabajo tiene la facultad de investigar y sancionar las conductas antisindicales. Tales mecanismos se activan mediante denuncias o acciones oficiosas que responden a situaciones en las cuales se realizan acciones de represalia contra dirigentes del sindicato o trabajadores que vienen formando una organización sindical. Existe un deber de colaboración de trabajadores y empleadores con la labor inspectiva de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que no solamente por las declaraciones de ellas, sino por otros medios (como la constatación documental, por ejemplo). Cabe señalar que las conductas antisindicales supone una doble vulneración de la libertad sindical: de un lado, la que se produce con el trabajador despedido por el hecho de ejercitar su derecho de afiliación al sindicato o de verse obligado a desafiliarse para mantener su puesto de trabajo; y de otro, la vulneración al derecho de la propia organización sindical, que ve mermada su libertad de acción incluso que corre el riesgo de extinguirse por no contar con el número mínimo de afiliados que la ley peruana exige (20 trabajadores, tratándose de sindicatos de empresa; y 50 trabajadores, cuando se trate de sindicatos de distinta naturaleza).

La especial consideración de la libertad sindical y la trascendencia que tiene para el sistema de relaciones laborales justifica plenamente que se establezca un conjunto de mecanismos de tutela que aseguren su eficacia, al margen de cualquier instrucción estatal y empresarial. Pues bien, la regulación que ha merecido la tutela de la libertad sindical en el Perú, al menos en sede legal y reglamentaria, resulta a todas luces insuficiente y restrictiva desde diversos ángulos, en particular, en lo que toca a los ámbitos subjetivo y objetivo, y a los mecanismos procesales para reparar los actos antisindicales (un claro ejemplo de ello es lo que ocurre con la regulación del fuero sindical, que en su formulación legal solo protege a determinados trabajadores).

DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El artículo 28, inciso 2, de la Constitución consagra el fomento de la negociación colectiva y la fuerza vinculante del acuerdo resultante de la misma. No estamos, como se aprecia, ante cualquier clase de regulación. El mandato de fomento del derecho en cuestión que establece la Constitución vigente alude a una actitud de auxilio, promoción o impulso de la negociación por parte del Estado, a diferencia de la opción garantista a la que aludía la Constitución de 1979, y que se lograba con una simple postura estatal abstencionista y de remoción de los obstáculos que pudieran dificultar el diálogo directo entre los sujetos laborales.

Este contexto normativo explica por qué el derecho de negociación colectiva va acompañando de la obligación de negociar —y de hacerlo, además, de buena fe— que se le impone a la parte empresarial. Explica también la razón por la cual, dentro del ordenamiento peruano se tipifique como infracciones muy graves al incumplimiento, por parte del empleador, de su obligación de suministrar información a los representantes de los trabajadores para la elaboración del pliego de reclamos y la obligación de recibir dicho pliego de reclamos entregado por aquellos, con la finalidad de dar inicio a la negociación. A continuación pasaremos a revisar estos y otros aspectos del procedimiento de negociación, empezando por precisar quiénes son los sujetos que se encuentran legitimados para negociar un convenio colectivo.

Un régimen de pluralidad sindical como el que rige en nuestro ordenamiento jurídico puede ocasionar que dos o más organizaciones sindicales que coexisten en un mismo ámbito o unidad de negociación pretendan negociar simultáneamente con la contraparte empresarial. Cuando esto ocurre, las legislaciones suelen establecer ciertos requisitos para determinar quién o quiénes están finalmente habilitados para llevar a cabo una concreta negociación colectiva. Esto es lo que se conoce como legitimación para negociar, es decir, la facultad específica que se le reconoce solo a ciertos sujetos colectivos para llevar a cabo una negociación colectiva y celebrar el correspondiente convenio colectivo. En otras palabras, toda organización sindical debidamente constituida tiene capacidad para negociar, pero no necesariamente estará legitimada para hacerlo en un caso concreto. Lo hará la que acredite cierta representatividad.

Los criterios de legitimación para establecer esa representatividad son variados: negociará el sindicato que haya ganado elecciones sindicales; el que decidan en cada oportunidad los trabajadores de la respectiva unidad de negociación; el que tenga mayor número de afiliados, entre otros. Este último criterio ha sido escogido por nuestra legislación.

PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN COLETIVA

Antes de la presentación del pliego de reclamos les asiste a los representantes de los trabajadores el derecho de solicitar a sus empleadores la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa. La información que se proporcione será determinada de común acuerdo entre las partes. Si no hubiese acuerdo, la Autoridad Administrativa de Trabajo precisará la información básica que deberá ser facilitada. Este derecho debería permitir que la negociación se desenvuelva bajo criterios objetivos y con pretensiones que correspondan a la verdadera situación económica-financiera del empleador.

No obstante, la forma como está concebido este derecho en la propia LRCT le ha restado utilidad como herramienta de negociación: existe una falta de definición del tipo de documentación que debe ser proporcionada a la sola solicitud por parte

de los representantes de los trabajadores. Asimismo, otro problema resulta la amplitud con la que ha concebido el derecho de veto otorgado al empleador (es decir, la facultad que se le otorga para negarse a suministrar la información cuya información pudiera considerar perjudicial para los intereses de la empresa).

Todo esto ha generado, en algún momento, por un lado, la falta de interés de los representantes de los trabajadores en solicitar información; y de otro, la entrega incompleta o fuera de plazo por parte del empleador de la información que le es solicitada o, sencillamente, la negativa de éste de suministrarla a los representantes de los trabajadores. Esto permite establecer que, en gran parte de las negociaciones colectivas, los pliegos de reclamos son elaborados por la representación laboral sin contar con información adecuada.

La presentación —por parte del sindicato— de un pliego de reclamos, genera una consecuencia lógica en la obligación de negociar: la obligatoriedad de su recepción (ya que sin ese trámite no será posible dar inicio a la negociación directa entre las partes), salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable, como cuando, por ejemplo, el sindicato que lo presenta no se encuentra legitimado para hacerlo, o cuando se pretende presentar el pliego de reclamos antes de la fecha que corresponde hacerlo. En estos casos, la oposición o rechazo se encuentra reglada y se tramita ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, la misma que tiene el deber de resolverlos con celeridad, a fin de evitar dilaciones innecesarias en el inicio de la negociación.

Muchas veces el problema no se encuentra en la recepción del pliego de reclamos, sino, una vez recibido éste, en la falta de instalación de la negociación directa. Ocurre que, en ocasiones, la instalación se realiza fuera del plazo legalmente establecido (diez días calendario desde la presentación del pliego de reclamos) o, sencillamente, la instalación no se produce nunca. Esta situación, sin embargo, no está tipificada como infracción. Por tanto, si bien los representantes de los trabajadores siempre tendrán la posibilidad de dar por fracasada la etapa del trato o negociación directa y pasar a la siguiente fase, esto no resuelve el problema de fondo, que es el incumplimiento de la norma y la concurrente vulneración del derecho de negociación colectiva sin que haya sanción alguna para el infractor. Por ello, se hace necesario revisar la idoneidad de dicho plazo o establecer alguna sanción administrativa por incumplimiento del mismo, a fin de otorgar mayor celeridad al proceso negocial.

FRACASO DE LA NEGOCIACIÓN DIRECTA: ¿ARBITRAJE VOLUNTARIO O ARBITRAJE unilateral en la LRCT?

En el ámbito de las relaciones laborales es posible identificar, esencialmente, tres clases de arbitraje: voluntario, obligatorio y unilateral. El arbitraje voluntario es

aquel en que las partes deciden, de común acuerdo, someter la controversia a un tercero designado por ellas mismas. El arbitraje obligatorio, por su parte, es aquel impuesto a las partes por el Estado, debiendo aquellas acudir necesariamente a un tercero para la solución del conflicto. Finalmente, el arbitraje unilateral, también conocido como potestativo o voluntario vinculante, es aquel por el cual una disposición, heterónoma o autónoma, faculta a una de las partes la posibilidad de someter el conflicto a un tercero, quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento.

Se suele confundir el arbitraje unilateral con el obligatorio, debido a que no existe consenso de las partes, sino únicamente la decisión de una de ellas al momento de someter el conflicto a un tercero. Pero la diferencia sustancial consiste en que el arbitraje obligatorio es impuesto indefectiblemente a las partes cuando el conflicto no ha sido resuelto por ellas mismas; mientras que en el arbitraje unilateral o potestativo no hay una imposición automática, ya que siempre queda la posibilidad de que la parte facultada para someter el conflicto a un tercero no lo haga. En el ordenamiento peruano se han previsto los tres tipos de arbitraje, reservándose el arbitraje obligatorio para casos en donde, en forma excepcional, sea necesaria la intervención resolutoria estatal para solucionar un conflicto prolongado en el tiempo con efectos dañinos en el interés social.

EL DERECHO DE HUELGA. UN DERECHO HUMANO DE APLICACIÓN INMEDIATA

Esta concepción del derecho de huelga nos sugiere, al menos, dos reflexiones: la primera, la posibilidad de aplicar el principio *pro persona (pro homine)*, como método particular de interpretación de todo derecho humano, además de su interpretación conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos y los pronunciamientos de sus respectivos órganos de control. No obstante, la puesta en práctica de estas disposiciones al derecho de huelga podría resultar más aparente que real.

Debe tenerse presente que, salvo la referencia genérica al derecho de huelga en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (artículo 8.1.d) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8.1.b), no existen tratados específicos, incluso convenios internacionales de trabajo, o jurisprudencia de tribunales internacionales que desarrollen el derecho de huelga. Como se ha visto, la huelga es una manifestación esencial de la libertad sindical y su reconocimiento está implícito en la normativa internacional del trabajo (Convenio No. 87, artículo 3.1). Y si bien su desarrollo se ha ido realizando a partir de reiterados pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, así como de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ninguno de estos dos órganos de control

del cumplimiento de la normativa internacional del trabajo ejerce jurisdicción ni sus decisiones tienen carácter vinculante. De ahí que cobre importante la aplicación del principio *pro persona*, plenamente arraigado en la normativa y jurisprudencia internacional.

La segunda consideración apunta a la necesaria delimitación del marco constitucional del derecho de huelga. Si bien compartimos con el Tribunal Constitucional que el ejercicio de este derecho no está supeditado a su desarrollo normativo, lo que hace de este derecho uno de exigibilidad inmediata, resulta cuando menos conveniente que la jurisprudencia del Alto Tribunal establezca con claridad ciertos lineamientos que permitan identificar la clase de derecho reconocido en la Constitución. Mayor razón existe para ello si, como ocurre en nuestro caso, la normativa infraconstitucional que desarrolla este derecho (la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT y su reglamento) ha sido calificada de restrictiva y ha merecido numerosas observaciones por parte de los órganos de control de la OIT, y que a la fecha no han sido levantadas del todo. Como ya hemos adelantado, el Tribunal Constitucional omitió pronunciarse sobre diversos aspectos del derecho de huelga relacionados con el caso de autos. Y aunque con anterioridad ha fijado posición sobre determinados aspectos de este derecho, no ha hecho con la claridad y el rigor deseados, como veremos en las líneas siguientes.

En dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional se ha definido a la huelga como "el abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales" (modelo clásico de huelga). No obstante, en la misma sentencia se recoge una definición doctrinaria, según la cual es huelga "[...] la perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores". Y concluye que el ejercicio del derecho de huelga faculta a los trabajadores a "desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales". Como se aprecia, estas dos últimas consideraciones del Supremo Intérprete de la Constitución suman más bien a favor de una concepción moderada o polivalente de la huelga, definida como "el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación debida, adoptada como medida de conflicto", pero que resulta contraria, evidentemente, a la postura inicial esbozada por el propio Tribunal Constitucional.

Esta no es una cuestión baladí, por el contrario, es fundamental que se fije con absoluta claridad cuál es el concepto o modelo de huelga consagrado en la Constitución, pues ello permitirá evaluar la validez y el desarrollo infraconstitucional del derecho de huelga, con relación al ejercicio y a la posibilidad de adoptar modalidades de huelga que difieran de la tradicional. En este punto, la LRCT opta claramente por un modelo de huelga. En efecto, los artículos 72 y 82 de ese cuerpo normativo solo permiten recurrir a la forma tradicional de huelga, definiéndola, de un lado, como la cesación de la actividad laboral con abandono del centro de trabajo decidida mayoritariamente por los trabajadores y prohibiendo expresamente, de otro lado, el uso de modalidades atípicas o irregulares (con o sin interrupción de la actividad), las que se califican *a priori* de ilegales, sin permitir su justificación en un caso concreto. De otro lado, algunas de las modalidades irregulares de la huelga son consideradas como falta grave por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL, artículo 25, incisos a, b y f), como ocurre con la disminución deliberada del ritmo de trabajo —huelga a ritmo lento o trabajo a desgano— o de la calidad de la producción —huelga de trabajo arbitrario—, la toma de locales —huelga con ocupación del centro de trabajo—, o la adopción de la medida de fuerza sin previo aviso —huelga intempestiva—.

De hecho, siguiendo la lógica del Tribunal Constitucional peruano, debería permitirse la adopción de estas modalidades —hoy prohibidas por el artículo 81 de la LRCT—, siempre que las mismas no resulten desproporcionadas en el caso concreto o, al menos —si seguimos la jurisprudencia constitucional española—, presumirlas ilícitas, pero permitir a los trabajadores demostrar, en cada oportunidad, la proporcionalidad de la medida. No debe descartarse la posición del Comité de Libertad Sindical de la OIT, según la cual y en directa referencia a los artículo 81 y 84, literal c) de la LRCT, deben ampararse las modalidades de huelga tales como la paralización intempestiva, el trabajo a desgano, a reglamento, entre otras, limitándose su ejercicio solo en los casos en los que dejasen de ser pacíficas dichas medidas.

TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

A partir de lo expresado por el Tribunal Constitucional, la titularidad y el ejercicio del derecho de huelga recaen en los trabajadores. Esta postura, haciendo suyo lo establecido en la LRCT, parece inscribirse en la concepción no orgánica o individual, pues la decisión de adoptar la medida de fuerza, adherirse a ella, ratificarla o darla por terminada corresponde a los trabajadores. No obstante, es posible encontrar algunas manifestaciones de titularidad colectiva en la propia LRCT, como la decisión inicial, posteriormente ratificadas por las bases, de adoptar una huelga de alcance supra empresarial, la decisión de finalizar la medida de conflicto o la participación en la determinación de los servicios de mantenimiento y servicios mínimos cuando la huelga afecte servicios esenciales de la comunidad. En general, la promoción o convocatoria de la huelga y la administración del conflicto corresponderán a la organización sindical.

HUELGA Y DERECHO DE TERCEROS

Un tema importante, pero que lamentablemente no ha merecido la atención debida por parte del Tribunal Constitucional, está referido a la posible afectación de los derechos de terceros como consecuencia de la huelga.

Con relación a los piquetes de huelga, habría que decir que se trata de una típica expresión de una huelga, a pesar de no tener una regulación expresa en la LRCT. Esto no significa que estén prohibidos, pero tampoco que sea lícito cualquier tipo de piquete: ellos se conciben de dos formas o clases: el llamado piquete *defensivo* o *informativo*, que tiene por finalidad informar y presionar a los trabajadores y a la opinión pública sobre la medida de fuerza adoptada, mediante pancartas, volantes, reuniones, etcétera. De otro lado, está el piquete *ofensivo* o *coactivo*, que utilizando la amenaza o la violencia física, tiene como objetivo impedir el acceso o la salida al o del centro de trabajo.

Consideramos que el piquete informativo es absolutamente lícito. Se trata de una medida funcional a la huelga que persigue dotar de eficacia dicha medida y que es, además, una manifestación de otros derechos reconocidos constitucionalmente como las libertades de expresión, pensamiento y reunión: derechos laborales calificados como inespecíficos, porque se le reconocen al trabajador en su calidad de ser humano y no de asalariado, pero que cada vez van cobrando mayor relevancia en el ámbito de las relaciones laborales. De ahí la necesidad de garantizar el ejercicio de éstas y otras libertades públicas y derechos fundamentales en sede laboral, como una forma de asentar un sistema de relaciones laborales con rasgos democráticos y de garantizar un ejercicio más pleno de la libertad sindical en todos sus aspectos.

El piquete coactivo, por su parte, raya en el terreno de lo ilícito, tanto en el plano laboral como penal, porque supone violentar o intimidar física o verbalmente a los no huelguistas con la finalidad de torcer su voluntad y que se plieguen a la huelga o, al menos, que se abstengan de trabajar mientras dure la medida de fuerza. No obstante, cabría distinguir la persuasión —que debería admitirse— de la coacción o la intimidación, en la medida que aquella se considera parte del contenido del piquete informativo y que éste no debe entenderse como mera publicidad de la huelga.

El Tribunal Constitucional sostiene, por otro lado, que la convocatoria a una huelga debe garantizar que no se imponga la participación en dicha medida a los trabajadores que discrepen de la misma. Habría que preguntarse, sin embargo, si esto apunta a proteger una suerte de aspecto negativo del derecho de huelga, entendido como el derecho de los no huelguistas de no ser obligados a sumarse a la medida de fuerza o si, por el contrario, se trata del reconocimiento del derecho de libertad de trabajo que tendrían aquellos trabajadores que decidieron no plegarse a la huelga, de continuar trabajando.

Cuando un piquete intenta conseguir que los no huelguistas dejen de prestar servicios y se plieguen a la medida de fuerza, dichos trabajadores no podrían invocar su derecho a la libertad de trabajo para continuar trabajando, como si el conflicto colectivo no existiese. Si el conflicto colectivo existe y se ha exteriorizado, es en este contexto que deben medirse las pretensiones de los trabajadores involucrados en la huelga. Así, los huelguistas, en aras de conseguir la mayor eficacia de la huelga, tienen todo el derecho de tratar de ganar a su causa a los no huelguistas y éstos, por su parte, tienen plena libertad de sumarse o no a la medida de fuerza.

Por tanto, el dilema se circunscribe en optar entre el ejercicio del derecho de huelga propiamente —ir a la huelga, apoyar la medida— y la facultad de no ejercitarlo o, lo que es lo mismo, de no ir a la huelga o no apoyar dicha medida. Esto supondría reconocer dos dimensiones del derecho de huelga: una positiva, que consistiría en el ejercicio o la participación activa en la medida de fuerza, conforme a la modalidad decidida por los trabajadores; y otra negativa, consistente en la facultad de los trabajadores, en ejercicio del propio derecho de huelga, de no plegarse a la medida de presión, pero que no los habilita a continuar cumpliendo con la prestación debida al empleador.

Ahora bien, el ejercicio de un derecho cualquiera no tiene que significar la afectación de otros derechos. Y esto es lo que ocurriría si en el curso de un proceso de huelga, se pretendiese, por medio de la coacción —comprende, por tanto, solo a los piquetes ofensivos—, que los trabajadores que no votaron por la huelga acaten la medida de fuerza, vulnerándose de este modo el propio derecho de huelga.

La situación de los esquiroles es menos controvertida que la que se acaba de analizar. En efecto, el esquirolaje es una práctica empresarial en virtud de la cual se contrata temporalmente a trabajadores no vinculados a la empresa para que sustituyan a los trabajadores huelguistas mientras dure la huelga. Resulta evidente que se trata de una práctica contraria al derecho de huelga, y que su finalidad es restarle eficacia a la medida de fuerza. Por esa razón se encuentra expresamente prohibida por nuestro ordenamiento.

Ahora bien, el propio precepto anteriormente citado recuerda que la paralización no alcanza al personal que se requiera para los servicios de seguridad y mantenimiento de la empresa, así como al personal que debe garantizar la continuidad de los servicios mínimos en caso de huelga en servicios esenciales para la comunidad. Por tanto, ante el incumplimiento de esta disposición por parte de los trabajadores llamados a continuar prestando servicios, consideramos que el empleador quedaría habilitado para contratar personal de remplazo exclusivamente de aquellos trabajadores.

Cabe precisar, no obstante, que atendiendo a su finalidad, debe darse a los denominados servicios de seguridad y mantenimiento un carácter estrictamente restrictivo. Es decir, deben responder, estrictamente, a garantizar la seguridad de las personas y las cosas, el mantenimiento de las instalaciones y maquinarias de la empresa, así como permitir la reanudación inmediata de las actividades una vez finalizada la huelga, pero no podrían ser utilizados como una forma de neutralizar la medida de fuerza por parte del empleador. Por tanto, estos servicios solo se justificarían tras un análisis casuístico, en

aquellos casos donde la medida de fuerza pudiera comprometer el ejercicio de derechos ligados a la vida o la integridad de las personas o cuando pongan en peligro la subsistencia de la empresa empleadora.

» **Normas e instrumentos pertinentes:**
Artículo 28° de la Constitución: El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.
- Convenio de la OIT sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87);
- Convenio de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98);
- Convenio de la OIT sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154).
- Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.
- Decreto Supremo N° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

» **Referencias jurisprudenciales:**
- El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que:
"El solo hecho de participar en un piquete de huelga y de incitar, abierta, pero pacíficamente, a los demás trabajadores a no ocupar sus puestos de trabajo no puede ser considerado como acción ilegítima. Pero es muy diferente cuando el piquete de huelga va acompañado de violencias o de obstáculos a la libertad de trabajo por intimidación a los no huelguistas [...]. En definitiva, los piquetes de huelga que actúan conforme a ley no tendrían que ser objeto de trabas por parte de las autoridades públicas justificándose su prohibición solo si perdiesen su carácter pacífico, como cuando perturban el orden público y amenazan a los trabajadores que continúan trabajando (OIT 2006: 139).
- STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente No. 1124-2001-AA/TC, fundamento 8:
El contenido esencial del derecho de libertad sindical en dos aspectos: el primero de ellos, al que denomina orgánico; mientras al segundo lo concibe como un aspecto funcional. Para el Tribunal Constitucional peruano, el contenido esencial del derecho de libertad sindical implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga. De esta manera, la libertad sindical también tiene una dimensión plural, "que se manifiesta en la autonomía sindical y la personalidad jurídica".
- STC del 26 de marzo de 2003, recaída en el expediente No. 0261-2003-AA/TC, fundamento 3:
Para el Tribunal Constitucional, "el fomento implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, estando incluso llamados a realizar las acciones positivas que resulten necesarias para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva". Dado el caso, continúa el Alto Tribunal, el Estado puede otorgar determinado *plus de tutela*, si ello se requiere para viabilizar la negociación; por ejemplo, cuando se establece el nivel de rama de actividad como el adecuado, de cara a posibilitar una verdadera negociación colectiva en el sector de construcción civil.
- STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente No. 008-2005-PI/TC, fundamento 40, párrafos 9 y 10
Con relación al derecho de huelga, merece la pena rescatar el reconocimiento que de él hace el Tribunal Constitucional como derecho humano. Y si bien no se trata de un derecho absoluto, como también enfatiza el propio Supremo Intérprete de la Constitución, y requiere de desarrollo legislativo a fin de hacerlo compatible con el desarrollo de otros derechos, su falta de regulación no puede esgrimirse como un impedimento para su ejercicio efectivo por parte de sus titulares.

» **Referencias bibliográficas:**
BOZA, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.
BOZA, Guillermo y Miguel CANESSA. *Reflexiones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal*. Lima: OIT, 2000.
DEL REY, Salvador. *Infracciones laborales y cumplimiento de los convenios colectivos*. En: *Relaciones Laborales (I y II)*. Madrid: La Ley, 1988. p. 16.
ERMIDA, Óscar y Alfredo VILLAVICENCIO. *Sindicatos en libertad sindical*. Lima: ADEC-ATC, 1991.
GARÓFALO, M. G. *Italia: la huelga y su jurisprudencia. Perspectivas de lucha sindical*. En: *El derecho de huelga. Nuevas perspectivas en América Latina y Europa*. Caracas: FFEA/Editorial Nueva Sociedad, 1990.
MATIA PRIM, Javier. *El abuso del derecho de huelga. Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el orden social*. Madrid: Centro Económico y Social, 1982.
OIT. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*. Ginebra: OIT, 2006.
OJEDA, Antonio. *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos, 2003.
PÉREZ REY, Joaquín. *El enfrentamiento entre huelga y derecho al trabajo. A propósito de la STC 80/2005, de 4 de abril*. En: *Relaciones Laborales*, No. 2, 2006, p. 38.

» **Véase también:** *constitución peruana (el trabajo en la) - libertad sindical - organizaciones sindicales - pluralidad sindical.*

DICCIONARIO INTERNACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Coordinadores
Antonio Baylos Grau
Candy Florencio Thomé
Rodrigo García Schwarz

Prólogo
María Emilia Casas Baamonde

tirant lo blanch
Valencia, 2014

Copyright ® 2014

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (http://www.tirant.com).

© Antonio Baylos Grau
Candy Florencio Thomé
Rodrigo García Schwarz

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-3112-2013
ISBN: 978-84-9053-139-6
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.