TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
ESTUDIOS JURÍDICOS
EN HOMENAJE A
LUIS APARICIO VALDEZ

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2008, Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez
© 2008, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
© 2008, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión Laser Graf Alvarado

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2008-04896

ISBN 978-9972-04-178-5

GRIJLEY LIMA
Jr. Lampa 1221 - Lima 1
TF: 427 3147 / 3376449
info@grijley.com
grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Lima 1
T: 321 0258
libreria_grijley@speedy.com.pe

GRIJLEY TRUJILLO
Jr. Pizarro 540
TF: 471 640 C: (044) 920 6694
trujillo@grijley.com
grijley_trujillo@speedy.com.pe

GRIJLEY CHICLAYO
San José 1067
T: 204 146
chiclayo@grijley.com

GRIJLEY AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
T: 288 379 C: (054) 929 6700
arequipa@grijley.com
grijley_arequipa@speedy.com.pe

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL
(Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006)

Guillermo BOZA PRÓ

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los hechos. 3. El contenido esencial del derecho de libertad sindical. 4. El derecho de huelga. 5. La procedencia de la acción de amparo para la tutela del derecho de la libertad sindical.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente ensayo es analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) en materia de libertad sindical, a raíz, fundamentalmente, de la sentencia del TC del 5 de enero de 2006, recaída en el Expediente N° 3311-2005-PA/TC, en el proceso de amparo seguido por el Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha (en adelante, el Sindicato) contra la Compañía Minera Atacocha S.A. (en adelante, la Empresa). En esta sentencia se discute, básicamente, la protección que merecen los trabajadores en el ejercicio de distintos aspectos o manifestaciones

del derecho de libertad sindical, a partir de medidas adoptadas por el empleador que puedan resultar contrarias, fundamentalmente, al derecho de huelga. Aprovecha la ocasión el TC para ampliar o, si se quiere, delimitar con mayor precisión el contenido esencial del derecho de libertad sindical[1], pero desaprovecha, desde nuestro punto de vista, una valiosa oportunidad para pronunciarse sobre múltiples aspectos del derecho de huelga, que fueran ya tratados algunos de ellos en anterior ocasión[2], aunque de modo incipiente y hasta cierto punto confuso, como se verá más adelante.

El caso resuelto por el TC es uno de libertad sindical, pero los aspectos más relevantes del mismo tratan sobre el derecho de huelga, como una manifestación específica de la libertad sindical en su vertiente colectiva. Resultaba conveniente, por tanto, que el TC, además de resaltar –como en efecto lo hace– el carácter pacífico de la huelga y el necesario respeto, en su ejercicio, del derecho de terceros –entre otros, el empleador–, entrara a desarrollar estos y otros aspectos más de la huelga, directamente implicados en el caso resuelto, como: la declaratoria de legalidad de la medida de fuerza; su ámbito de aplicación; el uso de piquetes; o el derecho de los no huelguistas. No obstante, y aunque aún falte un largo trecho por recorrer, no queremos desmerecer el avance realizado por el TC en estos temas y, en particular, la remisión –cada vez más frecuente– que se hace a los convenios internacionales de trabajo ratificados por el Perú, con el propósito de ir decantando el contenido de los derechos en cuestión así como del sistema diseñado constitucionalmente para su protección.

2. LOS HECHOS

Los días 7 y 8 de febrero de 2003 el Sindicato llevó a cabo una paralización de labores en apoyo de un conjunto de peticiones realizadas a la Empresa y respecto de las cuales esta no había dado solución. Señala la Empresa que la indicada paralización se materializó a pesar de haber sido declarada improcedente por la autoridad administrativa de trabajo (AAT) y que, además, devino en actos de violencia, causando serios daños a los bienes de propiedad de la Empresa.

(1) Establecido en la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Fundamentos N°s 8 al 11).

(2) Ver la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamentos N°s 40 al 42).

Como consecuencia de estas acciones, la Empresa despidió a 26 trabajadores, todos ellos afiliados a la organización sindical, 20 de los cuales eran dirigentes sindicales. En la carta de despido que se les cursó a los trabajadores (luego de habérseles remitido la carta de preaviso y de haberse efectuado el descargo correspondiente), se les imputó haber participado en forma activa o como incitadores de los actos de violencia registrados. El Sindicato, por su parte, alegó que el despido es un acto de represalia directa por la huelga realizada y que la acusación de la Empresa no está sustentada en ninguna prueba que demuestre la participación directa y personal de todos y cada uno de los dirigentes y militantes despedidos. Por lo tanto, el Sindicato, considerando que se habían vulnerado sus derechos constitucionales de sindicación y huelga, consagrados en el artículo 28° de la Carta Fundamental, interpuso una acción de amparo contra la Empresa, a fin de que se ordenara a la demandada el cese de la vulneración de los derechos señalados y que, en consecuencia, se dejase sin efecto el despido simultáneo y masivo de los veintiséis trabajadores afectados.

El 50° Juzgado Civil de Lima consideró que no se vulneraron los derechos de sindicación y huelga del accionante, puesto que dichos derechos fueron ejercidos en forma libre, al no habérsele impedido a los trabajadores formar parte de un sindicato ni la constitución de organización alguna para la defensa de sus intereses, así como tampoco se limitó el ejercicio de su derecho de huelga. No obstante, el juzgado declaró fundada la demanda por entender que la medida adoptada por la Empresa supuso más bien la violación del debido proceso sustantivo, al no haber determinado ni acreditado esta, con medio probatorio alguno de manera fehaciente, la responsabilidad individual y concreta de cada uno de los despedidos en los hechos materia de controversia. Al respecto, el juzgado señaló que el despido debió sustentarse en una causa justa tipificada en la ley, correspondiéndole al empleador la comprobación de dicha causa, cosa que no ocurrió en el caso de autos.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima revocó la sentencia apelada por la Empresa, declarando infundada la demanda. La Sala señaló que se encontraba acreditado en el expediente que los afiliados cuya reposición demandaba el Sindicato, habían recurrido a la vía laboral ordinaria solicitando la nulidad de sus despidos, declarando además fundadas las solicitudes de desistimiento solicitadas por tres de los trabajadores incluidos en el proceso. Por tal razón, para la Sala no era posible que el sindicato reclamase la reposición de esos trabajadores,

porque ello hubiese supuesto sustituir la voluntad expresa de los trabajadores y un atentado al derecho de estos de decidir la estrategia procesal que más convenga a sus intereses.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, apartándose de los aspectos formales señalados en las instancias inferiores, y realizando un análisis de fondo del tema controvertido, declaró fundada la demanda, señalando que se había vulnerado el derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28°.1 de la Constitución, ordenando la reposición de los trabajadores despedidos por la Empresa. El alto Tribunal no se pronunció, por carecer de objeto, sobre el caso de cinco trabajadores que ya habían sido repuestos por la emplazada, así como de los tres trabajadores que se habían desistido del proceso. Es precisamente esta sentencia la que se toma como base para el análisis, en los acápites siguientes, de determinados aspectos de los derechos de sindicación y huelga.

3. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

Referirse al derecho de libertad sindical supone, en estricto, 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 la 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 o son 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 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 podrá suponerse, 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 los aspectos dinámicos de la libertad sindical[3].

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. Luego de señalar 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 que se garantiza la libertad sindical. Ahora bien, esto no significa que el contenido del derecho de libertad sindical reconocido y garantizado por la Constitución no se encuentre definido. 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 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es claro que el contenido del derecho de libertad sindical que pueda construirse a partir de la remisión a los indicados convenios internacionales de trabajo es bastante amplio (acorde con lo que se ha expuesto en los párrafos precedentes). La pregunta que surge entonces es si todo eso forma parte de contenido esencial de dicho derecho.

¿Cuál es, en definitiva, el contenido esencial del derecho de libertad sindical?, es decir, aquel aspecto o características que forman parte del

[3] El desarrollo de estos temas puede verse en NEVES MUJICA, Javier, "Derecho colectivo del trabajo", en VV.AA., *Derecho laboral general*, PUCP, Lima, 2005, pp. 119 y ss., y VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 1999.

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 dinámicos? ¿Incluye a la negociación colectiva y a la huelga y a otras medidas de conflicto?

Inicialmente el Tribunal Constitucional centró el contenido esencial del derecho de libertad sindical en dos aspectos: el primero de ellos, al que denomina orgánico, "consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales"(4); el segundo lo concibe como un aspecto funcional, "que consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones"(5). En buena cuenta, estamos ante dos aspectos que forman parte de lo mismo, y que se circunscriben –ambos– a la denominada libertad sindical individual en su vertiente orgánica o estática. 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 N° 87 de la OIT) 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).

Señala también el TC, que 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"(6). Es claro que la consagración del derecho de libertad sindical, incluso al más alto nivel, será letra muerta, si este no viene rodeado de un conjunto de medidas que posibiliten su pleno ejercicio. Para ello, la normativa internacional del trabajo –y

(4) Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Fundamento N° 8).

(5) Loc. cit.

(6) Loc. cit.

que nuestra normativa infraconstitucional recoge en forma parcial(7)– 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 este sea también el ámbito de protección inicialmente diseñado por el TC.

No obstante, este contenido esencial se nos antoja reducido(8), y así parece haberlo entendido el propio TC, cuando dejó abierta, como es natural, la posibilidad de concretarlo –o ampliarlo– en el futuro(9). Reconoce el TC que el contenido esencial del derecho de libertad sindical "no se agota en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciados de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis expansiva* a través de remozadas y, otrora inusitadas manifestaciones"(10).

De esta manera, en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, el TC señala –pero no desarrolla– que la libertad sindical no

(7) Que protege únicamente a determinados trabajadores y solo frente al despido y traslados injustificados (artículos 30° y 31° de la LRCT). Sobre el carácter restrictivo de este modelo de protección de la libertad sindical, véase NEVES MUJICA, "Derecho colectivo del trabajo", cit., p. 135 y ss; BOZA PRÓ, Guillermo, "El fuero sindical en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo", en *Asesoría Laboral*, N° 20, Lima, 1992.

(8) Según OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 155, el contenido esencial se circunscribe al reconocimiento de la libertad sindical de organización, tanto en su dimensión individual como colectiva, y a la capacidad de obrar de las organizaciones sindicales que requieren para realizar actos jurídicos de naturaleza patrimonial (alquiler de local, compra de mobiliario, etc.) y gremial (negociación de convenios colectivos).

(9) Como señala SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Derecho constitucional del trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 50, "El eventual peligro de una interpretación restrictiva de los alcances de la libertad sindical garantizada por la Constitución, en especial con su faceta activa, a la que solo de manera implícita se refieren los instrumentos internacionales sobre la materia, se ha visto de esta manera expresamente conjurado por el Tribunal Constitucional mediante la adopción de una comprensión abierta y dinámica de sus alcances".

(10) Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Fundamento N° 8).

se agota en su dimensión individual, sino que también tiene una dimensión plural, "que se manifiesta en la autonomía sindical y la personalidad jurídica" (Fundamento N° 26). Esta anunciada ampliación del contenido esencial del derecho de libertad sindical se concretiza recién con la sentencia del 5 de enero de 2006, que es objeto de análisis en el presente ensayo.

En efecto, remitiéndose al artículo 3°.1 del Convenio N° 87 de la OIT, el TC recuerda que las organizaciones sindicales tienen el derecho de: a) elegir libremente a sus representantes (autonomía o libertad de representación); y b) 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[11], que pasan a reconocerse como parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. 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 socio económicos.

Por ello, el TC 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 "las 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"[12]. Añade el TC, que 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

(11) No se hace referencia a la autonomía o libertad de reglamentación, que supone el derecho de las organizaciones sindicales de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos sin injerencia estatal. No obstante, en la lógica del TC, 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. Es precisamente en el estatuto sindical en el que suelen establecerse reglas para la designación y el desempeño de los representantes de los trabajadores.

(12) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 6).

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"[13]. Esto no significa, desde luego, que queden comprendidos en el contenido esencial del derecho de libertad sindical, los derechos de negociación colectiva y de huelga. Se trata, sin duda, de derechos interdependientes, o como ha puesto de relieve el Comité de Libertad Sindical de la OIT, de medios o elementos esenciales de la libertad sindical con los que cuentan los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses profesionales[14]. Pero no debe perderse de vista que estos derechos tienen identidad propia y que han sido consagrados separadamente con un contenido específico en la Constitución. En ese sentido, lo que estaría haciendo el TC sería resaltar 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.

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. De ahí que se la haya calificado como "el elemento primordial de la libertad sindical y el complemento indisoluble de las manifestaciones individuales de este derecho, puesto que de nada servirá garantizar el derecho de los trabajadores a constituir, afiliarse, no afiliarse o desafiliarse a una organización sindical, si es que esta no va a gozar de la autonomía suficiente para regular su conformación interna, su funcionamiento y su actuación"[15].

En síntesis, la jurisprudencia constitucional no apuesta por un contenido esencial "amplio" del derecho de libertad sindical, que comprenda a sus distintas manifestaciones. Dicho contenido abarca únicamente a algunas manifestaciones de la libertad sindical, que el TC considera fundamentales y que, en estricto, son: a) la libertad sindical individual en su dimensión estática o de organización (constitución y afiliación) y; b) la libertad sindical colectiva en su dimensión dinámica o de actividad (autonomía interna de gestión) y, parcialmente, en su dimensión estática (autonomía interna de representación).

(13) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 7).

(14) Organización Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, OIT, Ginebra, 1996, pp. 109 y 169.

(15) VILLAVICENCIO RÍOS, *La libertad sindical en el Perú*, cit., p. 42.

4. EL DERECHO DE HUELGA

Con relación al derecho de huelga merece la pena rescatar el reconocimiento que de él hace el TC, como derecho humano[16]. Y si bien no se trata de un derecho absoluto, como también enfatiza el propio TC, y requiere de desarrollo legislativo a fin de hacerlo compatible con el ejercicio de otros derechos, su falta de regulación no puede esgrimirse como un impedimento para su ejercicio efectivo por parte de sus titulares[17]. 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 la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 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 N° 87, artículo 3°.1.)[18]. Y si bien su desarrollo se

(16) Como recuerda Kahn-Freund, "la capacidad de trabajar y de interrumpir el trabajo es uno de los derechos humanos fundamentales de todo individuo" (KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 406.). Véase también BABACE, Héctor, "Derecho de huelga y solución de conflictos en el derecho uruguayo", en Grupo de los miércoles, Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez, FCU, Montevideo, 2004, p. 333, para quien un reconocimiento de este tipo supone una cuarta etapa en la evolución del derecho de huelga, una vez superadas las fases de la huelga como delito, como libertad o ilícito civil y como derecho.

(17) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 40, párrafos 9 y 10).

(18) Incluso, como señala Ermida, "El derecho de huelga está implícitamente contemplado en el párrafo final del artículo 92° del Convenio sobre Procedimientos de Conciliación y Solución de Conflictos Colectivos de Trabajo, en el que se subraya que ninguno de esos métodos pueden ser interpretados o utilizados para restringir el derecho de huelga" (ERMIDA URIARTE, Óscar, "El derecho de huelga: un punto de vista doctrinario", en VV.AA., *El derecho de huelga. Nuevas Experiencias en América Latina y Europa*, Fundación Friedrich Ebert en Argentina/Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1990, p. 11).

ha ido realizando a partir de reiterados pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical 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 importancia la aplicación del principio *pro persona*, plenamente arraigado en la normativa y jurisprudencia internacional, y "según el cual las normas que protegen los derechos de los individuos deben siempre recibir la interpretación que más favorezca a estos"[19].

La segunda consideración apunta a la necesaria delimitación del marco constitucional del derecho de huelga. Si bien compartimos con el TC 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[20] 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[21]. Como ya hemos adelantado, el

(19) SALMÓN GÁRATE, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Idehpucp/CICR, Lima, 2004, p. 45. La autora precisa que si el objeto y fin de los tratados de derechos humanos es preservar la dignidad del ser humano, "cualquier aplicación de sus normas debe orientarse a favor de este en desmedro de cualquier medida que pretenda restringir o limitar, sin justificación válida, sus derechos. Esto último no solo vaciaría de contenido estas normas, sino que resultaría claramente incompatible con su objeto y fin" (Loc. cit.).

(20) Entre otros puede verse: NEVES MUJICA, "Derecho colectivo del trabajo", cit., p. 34 y ss.; CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos, "Apuntes sobre el derecho de huelga en el Decreto Ley N° 25593", en *Asesoría laboral*, N° 20, Lima, 1992, pp. 20-21; BOZA PRÓ, Guillermo y CANESA MONTEJO, Miguel, "Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal", en VV.AA, *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, OIT, Lima, 2000, p. 227 Y SS.

(21) ERMIDA URIARTE, "El derecho de huelga: un punto de vista doctrinario", cit., p. 12, pone de manifiesto el "marcado dualismo" que existe en el tratamiento normativo de

TC 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 lo ha hecho con la claridad y el rigor deseado, como veremos en las líneas siguientes.

4.1. Concepto y modalidades de huelga

En la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, el TC parece apostar, en principio, por un modelo clásico de huelga[22], al sostener que debe entenderse por huelga "el abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales" (Fundamento N° 40, tercer párrafo). No obstante, a renglón seguido cita al constitucionalista Enrique Álvarez Conde, según el cual la huelga supone una "[...] 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" (Fundamento N° 40, cuarto párrafo). 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" (Fundamento N° 40, quinto párrafo). Como se aprecia, estas dos últimas consideraciones del TC suman más bien a favor de una concepción moderna o polivante de la huelga, definida como "el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto"[23], pero que resulta contraria, evidentemente, a la postura inicial esbozada por el propio Tribunal.

la huelga en América Latina: "mientras la mayor parte de las Constituciones reconoce, con cierta holgura, el derecho de huelga, las legislaciones y las prácticas administrativas tienden a limitarlo severamente".

[22] A partir de esta concepción de la huelga se han diseñados dos modelos normativos: el denominado "contractual", que circunscribe la medida de presión al ámbito de la negociación colectiva, y el "laboral", de mayor amplitud que el anterior, en la medida que concibe a la huelga como un instrumento de compensación o autodefensa colectiva de los intereses de los trabajadores en su relación con la contraparte patronal. Este segundo modelo comprende, por ejemplo, las denominadas huelgas de solidaridad (Cfr. OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 453-454).

[23] OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, cit., p. 426.

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 del desarrollo infraconstitucional del derecho de huelga, con relación a su ejercicio y a la posibilidad de adoptar modalidades de huelga que difieran de la tradicional. En este punto, la LRCT sí opta claramente por un modelo de huelga. En efecto, los artículos 72° y 81° de ese cuerpo normativo solo permiten recurrir a la forma tradicional de huelga, definiéndola, por un lado, como la cesación de la actividad laboral con abandono de centro de trabajo, decidida mayoritariamente por los trabajadores y prohibiendo expresamente, por otro, 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. Asimismo, algunas de las modalidades irregulares de huelga son consideradas como falta grave por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), 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 de centro de trabajo), o la adopción de la medida de fuerza sin previo aviso (huelga intempestiva)[24].

Según el TC, dentro de las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparece "la facultad de determinar la modalidad de huelga, esto es –según el Tribunal–, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado"[25]. Una vez más aparece reflejada la falta de claridad en el pronunciamiento del TC, pues se confunde la duración de la medida de fuerza con la forma que puede adoptar esta. La modalidad se refiere, en estricto, a la manera que decidirán los trabajadores de llevar a cabo la huelga de cara a lograr el éxito de dicha medida. Si lo que se pretende es que la huelga sea eficaz (y no parece, ni debería ser otro el objetivo de los trabajadores), acudir a la forma tradicional de huelga podría no serlo. Por eso, la praxis sindical abandonó hace mucho tiempo el uso de la modalidad tradicional de huelga, cuando entendió que dicha medida, en un caso concreto, no sería exitosa.

[24] El artículo 25° de la LPCL señala que son faltas graves: "a) [...] la reiterada paralización intempestiva de labores [...]; b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de la producción; [...], f) Los actos de extrema violencia tales como toma de [...] locales".

[25] Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 41, párrafo 4).

Ahora bien, el TC, haciendo eco de cierta jurisprudencia comparada, refiere que la huelga debe ser convocada tomando en consideración "la existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto". Se recoge así la teoría de la correlatividad de los sacrificios, según la cual debe existir un correlato "entre el costo de la obligación de prestar el trabajo, que deriva de la huelga, y el costo de la obligación de retribuir"[26], de modo tal que la medida de presión podría calificar de "injusta" o "desproporcionada" si, por la modalidad utilizada, inflinge al empleador un daño superior a aquel que necesariamente sería inherente a la pérdida o falta de utilidades, como consecuencia de la suspensión de la prestación debida por los trabajadores y que, en principio, debía ser compensada con la falta de pago a los huelguistas[27].

Ciertamente, la huelga supone la voluntad de causar un daño económico al empleador, generando una desorganización de la empresa y de su capacidad productiva[28]. Es este un elemento consustancial a la medida de fuerza que, como ha quedado dicho, busca también ser eficaz, al tener como finalidad satisfacer los intereses de los huelguistas o, para decirlo en los términos del TC, por ser "un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores"[29]. En ese sentido, no siempre será una tarea fácil ponderar el equilibrio o proporcionalidad exigidos de la medida, porque como ha puesto de manifiesto la doctrina más calificada, determinar cuándo estamos ante una "huelga normal", porque causa un "daño normal", o cuándo es "anormal", porque causa un "daño injusto" o "desproporcionado", nos remite a conceptos cuantitativos o absolutamente indeterminados, que quedarán sujetos, finalmente, al mero arbitrio del intérprete[30]. Pero, en cualquier caso, este sí será un elemento determinante para calificar una medida de fuerza como legítima o ilegítima, lo que impedirá descartar de plano o a priori, la adopción de modalidades de huelga distintas a la clásica. Siguiendo la lógica del TC, 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[31] o, como mínimo –siguiendo a la jurisprudencia constitucional española[32]–, presumirlas ilícitas, pero permitir a los trabajadores demostrar, en cada oportunidad, la proporcionalidad de la medida.

(26) GAROFALO, Mario Giovanni, "Italia: la huelga y su jurisprudencia. Perspectivas de la lucha sindical", en *El derecho de huelga. Nuevas experiencias en América Latina y Europa*, Fundación Friedrich Ebert en Argentina/Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1990, pp. 41-42.

(27) Ibídem, p. 42. Conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español, en la sentencia de 8 de abril de 1981, la proporcionalidad se refiere a los sacrificios que soportan las partes con la huelga, "de modo tal que el abuso surgirá cuando, sin sacrificio para los huelguistas, se cause al empresario un daño excesivo" (Cfr. MATIA PRIM, Javier *et al.*, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982, p. 123.

(28) Ibídem, p. 124.

(29) Expediente N° 008-2055-PI/TC (Fundamento N° 40, párrafo 5).

4.2. Titularidad y ejercicio del derecho de huelga

En el tema de la titularidad del derecho de huelga parece haber también ciertas confusiones. Según el TC la doctrina tiene opiniones dispares sobre a quién le corresponde la titularidad del derecho: a "los trabajadores en sentido lato" o a "los trabajadores adscritos a una organización sindical"[33]. En rigor, la discusión doctrinal se ha centrado en establecer la naturaleza individual o colectiva del derecho de huelga, debido a que si bien estamos ante un derecho humano y, en esa medida, debe ser adjudicado en esencia a personas individuales, no puede por ello perderse de vista su impronta colectiva, al tratarse de una medida de conflicto colectivo promocionada y ejecutada, principalmente, por una organización sindical. Esto ha llevado a la doctrina mayoritaria a distinguir entre titularidad y ejercicio del derecho de huelga. De modo tal que la pregunta que suele formularse es si ¿estamos ante un derecho de titularidad individual y ejercicio colectivo, o de titularidad colectiva y ejercicio individual?[34]

(30) GIUGNI, Gino, *Diritto sindacale*, Caccuci Editore, Bari, 1992, p. 239. En el mismo sentido, GAROFALO, "Italia: la huelga y su jurisprudencia. Perspectivas de la lucha sindical", cit., p. 42.

(31) El Comité de Libertad Sindical de la OIT, observando los artículos 81° y 84° de la LRCT, "solicita que se ampare 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".

(32) Véase por todas, la sentencia de Tribunal Constitucional español de 8 de abril de 1981.

(33) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 41, párrafo 1).

(34) Véase OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, cit., pp. 462-463.

El artículo 28° de la Constitución reconoce el derecho de huelga, pero no indica quién es su titular, ¿los trabajadores o la organización sindical? Para el TC, a partir de lo establecido en los artículos 72° y 73° de la LRCT, se colige que "su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical". Citando a Elías Mantero añade que son los trabajadores en general y no la asamblea sindical los que acuerdan la huelga(35). En esta argumentación hay, sin duda, algunas inconsistencias. En primer lugar, hubiese sido deseable que el TC se pronunciara sobre la titularidad del derecho de huelga y de su ejercicio, no a partir del reconocimiento legal del mismo, sino de la concepción que se tiene de este derecho en sede constitucional y del rol que se le desee –o deba– asignar dentro de un Estado social y democrático de derecho como el peruano, que postula, entendemos, un sistema democrático y plural de relaciones laborales. En segundo lugar, se requería una valoración de la LRCT a partir del marco constitucional de la huelga –y no a la inversa– porque, como se ha apuntado líneas arriba, la LRCT ha merecido múltiples cuestionamientos, particularmente en materia de huelga.

No resulta criticable que la decisión de la huelga recaiga en el trabajador. Compartimos con el TC que el trabajador debe decidir libremente participar en un movimiento reivindicatorio(36). No obstante, parece exagerado que se exija el concurso de todos los trabajadores en el ámbito respectivo para adoptar una medida de fuerza, cuando la medida va a afectar un colectivo más reducido, por ejemplo, cuando el conflicto alcanza exclusivamente a un sindicato minoritario que se encuentre negociando un convenio colectivo de eficacia limitada, o que, por esta vía, se establezca la abstención de labores de aquellos trabajadores que votaron en contra de la medida de fuerza, cuando no les alcanza el conflicto ni el resultado del mismo.

En cualquier caso, y de cara a evaluar la LRCT, habría que señalar que la clásica definición de la huelga como un "derecho de titularidad individual y de ejercicio colectivo", viene siendo replanteada desde hace algún tiempo por un sector de la doctrina, por cuanto es posible encontrar en la práctica sindical y en la propia legislación manifestaciones o facultades

(35) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 41, párrafos 3 y 4).

(36) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 40, párrafo 2).

que le pueden ser reconocidas indistintamente tanto a los trabajadores a título individual como a la organización sindical. Así, manifestaciones de la titularidad individual serían la adhesión a la huelga o la decisión de darla por concluida, mientras que manifestaciones de la titularidad colectiva serían la convocatoria de la huelga (que por lo general realiza la organización sindical, pero podría recaer en los trabajadores), la administración de la medida de fuerza y la negociación del conflicto, así como la decisión de dar por concluido el mismo. Lo anterior pone de relieve la naturaleza compleja del derecho de huelga, lo que ha llevado a postular que, en estricto, estamos ante un derecho de titularidad diferenciada, porque determinados aspectos o manifestaciones se reconocen y ejercitan individualmente y otras en forma colectiva(37).

A partir de lo expresado por el TC, la titularidad y el ejercicio del derecho de huelga recaen en los trabajadores. Esta postura, haciendo suya lo establecido en la LRCT, parece inscribirse en la concepción no orgánica o individual, pues la decisión de adoptar la medida de fuerza (artículos 72° y 73°, inciso b), adherirse a ella (artículo 73°, inciso b), ratificarla (artículo 80°) o darla por terminada (artículo 85, inciso b) 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 (artículo 73°, inciso b), la decisión de finalizar la medida de conflicto (artículo 85°, inciso a) o la participación en la determinación de los servicios de mantenimiento y servicios mínimos cuando la huelga afecte servicios esenciales de la comunidad (artículo 82°). En general, la promoción o convocatoria de la huelga y la administración del conflicto corresponderán a la organización sindical.

4.3. Huelga y derechos de terceros

Un tema crucial en el caso analizado, pero que lamentablemente no ha merecido la atención debida por parte del TC, está referido a la posible afectación de los derechos de terceros como consecuencia de la huelga. El Tribunal se ha limitado a decir que el derecho de huelga "comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular del empleador. En tal

(37) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, "La titularidad diferenciada del derecho de huelga", en *Actualidad Laboral*, N° 20, Madrid, 1992, pp. 358-359.

sentido, nuestro sistema jurídico proscribe, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que puedan configurar delitos". Recordemos que la acción que motivó el pronunciamiento del TC fue interpuesta por dirigentes y militantes sindicales que habían sido despedidos por su participación en una huelga que, según sostuvo el empleador, devino en actos de violencia contra personas y bienes de la empresa, promovidos y realizados por piquetes conformados por dichos trabajadores.

Por tanto, esta situación ameritaba, desde nuestro punto de vista, un pronunciamiento del TC sobre temas directamente vinculados a los hechos expuestos, como la validez de los piquetes de huelga, la posibilidad de negar el acceso al centro de trabajo de los no huelguistas y los derechos de estos, o la posibilidad del empleador de contratar trabajadores para sustituir a los huelguistas.

Con relación a los piquetes de huelga, habría que decir que se trata de una típica expresión de la huelga(38), 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. Nos explicamos. Se conciben, básicamente, dos clases de piquetes(39): el llamado piquete defensivo o informativo, que tiene por finalidad informar y presionar a trabajadores y opinión pública sobre la medida de fuerza adoptada, mediante pancartas, volantes, reuniones, etc. Por 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 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 ciudadano y no de asalariado,

(38) Aunque suele estar asociado normalmente como un "organismo auxiliar" de la huelga, el piquete constituye, en sí mismo, una medida de conflicto de los trabajadores, definido por OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, cit., p. 409, como una "organización expo-nencial de las posiciones de grupo, con la misión de informar, persuadir o imponer la decisión colectiva a quienes no participan de ella". No tienen una ubicación estática o definida, pudiendo encontrarse –por lo general- en la entrada del centro de trabajo, en los alrededores del domicilio del esquirol, o recorriendo las calles (Loc. cit.).

(39) Cfr. SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Derecho sindical*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p. 506.

pero que cada vez van cobrando mayor relevancia en el ámbito de las relaciones laborales. De ahí la necesidad de garantizar el ejercicio de estas 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(40).

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 intimidación, en la medida que aquella se considera parte del contenido del piquete informativo y que este no debe entenderse como mera publicidad de la huelga(41).

Al respecto, ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT 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 [...]"(42). 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"(43).

Otro tema importante, y que sí entró a analizar el TC, es el relativo a la individualización de las faltas. Y es que la responsabilidad que se imputa a los trabajadores despedidos no puede diluirse en una suerte de responsabilidad colectiva. La imputación de una falta laboral –que puede suponer incluso un ilícito penal– exige la identificación del infractor, aun cuando aquella pueda haberse cometido en forma grupal. Esto era particularmente exigible

(40) Es de larga data que los órganos de control de la OIT han puesto de manifiesto la interdependencia entre la libertad sindical y otras libertades públicas, y por ello la necesidad de garantizar estas para garantizar debidamente aquélla.

(41) SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, *Derecho sindical*, cit., p. 507.

(42) OIT, 1996, párrafo 586.

(43) Ibidem, párrafos 583, 584 y 585.

en el caso analizado, debido a la controversia suscitada entre las partes sobre los hechos ocurridos(44). Así lo entendió, con buen criterio, el TC para quien la Empresa, lejos de determinar las responsabilidades individuales vinculadas a los hechos concretos, atribuyó, abstracta y subjetivamente, la responsabilidad de los daños que se le habían ocasionado a la totalidad de la dirigencia sindical y a otros trabajadores sindicalizados(45). Esto puso en evidencia la voluntad empresarial de realizar "un despido masivo y simultáneo" contra los dirigentes sindicales y algunos afiliados al sindicato demandante, "vulnerándose de este modo el derecho a la libertad sindical –en su dimensión colectiva– del Sindicato, de sus dirigentes y de sus afiliados". Este acto lesivo, concluye el TC, impidió la participación de dirigentes y afiliados en las actividades sindicales y afectó seriamente el funcionamiento del Sindicato(46). Por eso, la dimensión colectiva de la libertad sindical supone una "protección especial de los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses"(47). Lo que lleva a que, "todo acto lesivo, no justificado e irrazonable que afecte colectivamente a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado"(48).

El TC sostiene, por otro lado, que la convocatoria de una huelga debe garantizar que no se imponga dicha medida a los trabajadores que discrepen de la misma(49). 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

(44) En efecto, de un lado, el empleador sostuvo que los trabajadores despedidos habían participado en forma activa o como incitadores de actos de violencia (impidiendo el ingreso de no huelguistas al centro de trabajo, provocando la ruptura de una tubería de agua, causando daños a vehículo e instalaciones de la empresa, entre otros). Por su parte, los trabajadores despedidos señalaron que los actos de violencia que se suscitaron no fueron ejecutados ni acordados por los miembros de la organización sindical, sino por personas ajenos a ella. De ser cierto esto último, resulta lógico que no se pueda trasladar ningún tipo de responsabilidad a los promotores u organizadores de la huelga por actos ilícitos realizados por terceros.

(45) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 12).

(46) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 16).

(47) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 12).

(48) Loc. cit.

(49) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 41, párrafo 5).

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. La libertad de trabajo se encuentra consagrada en los artículos 2°, inciso 15, y 59° de la Constitución y consiste en el derecho de toda persona de decidir si trabaja o no, en qué actividad productiva y para quién lo hace(50). Se trata, en palabras del TC, de una facultad irrestricta que debe ejercerse "sin impedimentos constitucionales, ilegales o irrazonables, por parte del Estado o de particulares"(51). Por ese motivo, suele sostenerse que, el hecho de impedir o negar el acceso de los no huelguistas al centro de trabajo con ocasión de una huelga, implicaría una vulneración de su derecho fundamental a la libertad de trabajo(52). La misma razón ha llevado a criticar u objetar los piquetes de huelga(53) tratados anteriormente.

No obstante, cabe aquí formular algunas interrogantes: i) ¿está en juego realmente la libertad de trabajo de los no huelguistas o simplemente la dimensión negativa del propio derecho de huelga?; ii) ¿es idéntica la situación de los no huelguistas que la de los esquiroles?; iii) ¿la eficacia de la medida de fuerza adoptada mayoritariamente, debe prevalecer sobre la minoría que decide no plegarse a la huelga?; iv) ¿cómo entender las disposiciones de la LRCT (artículo 77°, inciso a) y del reglamento (artículo 70°), según las cuales la huelga, declarada en observancia de la ley, determina la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos?

Con relación a la primera interrogante, consideramos que el tema no debe plantearse en términos de un conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de trabajo. En ese sentido, 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

(50) Cfr. NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP, Lima, 2003, p. 22. Un análisis detenido de este derecho puede verse en QUIÑONES INFANTE, Sergio, *La libertad de trabajo: principio y derecho fundamental en la relación laboral*, Tesis para optar el Título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

(51) Expediente N° 1290-1999-AA/TC.

(52) Descartamos que el conflicto se produzca con el derecho al trabajo, por tener este derecho un contenido diferente. En efecto, el derecho al trabajo supone el derecho de obtener un puesto de trabajo, conservarlo y progresar en él.

(53) Cfr. SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, *Derecho sindical*, cit., p. 506.

existiese[54]. Si el conflicto colectivo existe y se ha exteriorizado, es en este contexto en el 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 estos, por su parte, tienen plena libertad de sumarse o no a la medida de fuerza.

Por lo 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[55]. Esto supondría reconocer dos dimensiones del derecho de huelga[56]: una positiva, que consistiría en el ejercicio o participación activa en la medida de fuerza, conforme con 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, por ejemplo, si en el curso de un proceso huelguístico, se pretendiese, por medio de la coacción –esto incluye, 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. Esta es una posición claramente asumida por el TC, cuando sostiene que "el ejercicio de la huelga comporta el respeto de los derechos de terceros"[57], debiendo desarrollarse sin violencia sobre las personas o bienes, con la participación de los trabajadores que hayan decidido libremente hacerlo y sin que se imponga a los trabajadores discrepantes con la medida de fuerza[58].

(54) Vid. 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*, N° 2, Madrid, 2006, p. 38.

(55) En ese sentido DURÁN LÓPEZ, citado por SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, *Derecho sindical*, cit., p. 506.

(56) Lo que en rigor, puede sostenerse de cualquier derecho, es decir, si entendemos que todo derecho tiene un aspecto activo (ejercitarlo) y otro pasivo (no ejercitarlo).

(57) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 18).

(58) Expediente N° 0008-2005-PI/TC (Fundamentos 40, párrafos 1 y 2; 41, párrafo 5).

Por eso nos preguntábamos también por la validez de la normativa infraconstitucional que determina la abstención total de las labores cuando la huelga cumple con los requisitos por ella establecidos, entre los que destaca que la decisión haya sido adoptada mayoritariamente por los trabajadores del ámbito respectivo (artículo 77° de la LRCT)[59]. Queda clara la opción del legislador de hacer prevalecer la voluntad de la mayoría sobre la minoría. Esta opción, además de responder a criterios democráticos, supone una medida de refuerzo de la eficacia de la huelga[60]. No obstante, dicha posición es atendible cuando el conflicto es de ámbito estrictamente sindical (por ejemplo, como consecuencia de la negociación frustrada de un convenio colectivo de eficacia limitada), pero no cuando el ámbito tiene un alcance mayor (por ejemplo, todos los trabajadores de la empresa, estén sindicalizados o no).

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[61]. 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 y, por esa razón, se encuentra expresamente prohibida en nuestro ordenamiento. En efecto, el artículo 70° del Reglamento de la LRCT establece que cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales

(59) No estamos pensando en los trabajadores de dirección y de confianza, los que, por mandato de la LRCT, se encuentran excluidos del ejercicio de los derechos de naturaleza colectiva. El artículo 77°, inciso a de la LRCT señala expresamente que la huelga no alcanza al personal de dirección y de confianza, lo que parece lógico en el primer caso –por encontrarnos ante representantes del empleador–, pero de dudosa constitucionalidad en el caso de los trabajadores de confianza. En cualquier caso, la calificación que se haga de esta clase de trabajadores debería ser restrictiva. Tampoco quedan comprendidos el personal que requiere seguir trabajando para garantizar los servicios de seguridad y mantenimiento, así como el funcionamiento de los servicios mínimos cuando la huelga afecta a alguna entidad que brinda un servicio esencial para la comunidad. Al respecto, señala el TC que "la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto" (Expediente N° 008-2005-PI/TC, Fundamento N° 42, párrafo 4).

(60) Un análisis detenido de este y otros aspectos de los efectos de la huelga puede verse en CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos y GODOY PALOMINO, Yuri, "Título IV. De la huelga", en VV.AA., *Ley de Relaciones Colectivas Comentada*, Consultores Jurídicos Asociados, Lima, p. 177 y ss.

(61) SALA FRANCO / ALBIOL MONTESINOS, *Derecho sindical*, cit., p. 508.

de fondo y forma "el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga". Visto así, no cabe plantearse una relación de conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de trabajo de los esquiroles(62). El reconocimiento de la huelga como derecho y su consecuente garantía suponen más bien la negación del esquirolaje como una práctica empresarial válida, ya que su aceptación significaría una afectación grave del derecho de huelga, a tal punto de vaciarlo de contenido. Por tanto, consideramos la contratación de esquiroles como un acto antisindical que justifica, al menos en sede administrativa, la intervención de la Autoridad de Trabajo a fin de que establezca las medidas correctoras correspondientes. En ese sentido, el artículo 25°.9 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT), establece como infracción muy grave en materia de relaciones laborales la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, entre ellos "la sustitución de trabajadores en huelga". Conforme al artículo 39° de la LGIT, dicha infracción será sancionada con una multa máxima de veinte unidades impositivas tributarias.

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 reemplazo 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 necesariamente restrictivo. Es decir, deben responder, en estricto, 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 justificarán "cuando el

(62) QUIÑONES INFANTE, *La libertad de trabajo: principio y derecho fundamental en la relación laboral*, cit., p. 156, y los autores por él citados.

paro pueda comprometer derechos ligados a la vida o la integridad de las personas" o cuando pongan "en peligro la continuidad de la actividad empresarial como exigencia derivada de la libertad de empresa", lo que habrá de ser analizado en cada caso(63).

5. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO PARA LA TUTELA DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

Según la legislación procesal constitucional vigente el proceso de amparo ha dejado de tener un carácter alternativo en la tutela de los derechos fundamentales, para adoptar un carácter residual. En efecto, el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional (CPC), establece como causal de improcedencia de los procesos constitucionales (entre ellos el de amparo), la existencia de "vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus".

Como señala la doctrina, al ser el proceso de amparo una manifestación de la "tutela de urgencia" resulta lógico que dicho proceso se encuentre sujeto a determinados presupuestos para su procedencia(64), siendo uno de ellos, precisamente, el que alude a su carácter residual. Es decir, el proceso de amparo no debería prosperar cuando exista una vía paralela, entendida como un "proceso judicial distinto al amparo, mediante el cual

(63) PÉREZ REY, "El enfrentamiento entre huelga y derecho al trabajo (A propósito de la STC 80/2005, del 4 de abril)", cit., p. 40. Como precisa el propio autor, comentando la norma española –muy similar a la nuestra–, que el establecimiento de los servicios en cuestión, al constituir un límite externo al derecho de huelga, "lejos de encontrar aplicación automática, requiere justificar en atención al caso en concreto la existencia de derechos o bienes constitucionalmente protegidos cuya preservación haga imprescindible introducir límites al ejercicio del derecho de huelga; límites, además, que en atención al principio de proporcionalidad han de ser los estrictamente necesarios para la protección de los derechos amenazados por la huelga sin introducir más restricciones de las necesarias y dejando, en todo caso, a salvo el contenido esencial del derecho de huelga que constituye el límite último e infranqueable de este derecho [...]". Concluye el autor que dichos límites no permiten, "ni siquiera en la más extensiva de las interpretaciones, garantizar con su concurso la actividad normal de la empresa durante la huelga, lo que sería tanto como salvaguardar la producción empresarial y no solo su capacidad productiva" (Ibídem, p. 41).

(64) ABAD YUPANQUI, Samuel, *Derecho procesal constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 132.

se puede obtener la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado"[65]. Pero no debería tratarse de una vía cualquiera, sino de una que sea capaz de ofrecer una protección eficaz y oportuna de los derechos constitucionales conculcados[66]. En definitiva, para la improcedencia del proceso de amparo no es suficiente que exista una vía judicial ordinaria distinta del amparo, esta debe garantizar necesariamente una tutela adecuada de los derechos constitucionales.

Cabe preguntarse entonces, cuándo estamos ante un proceso judicial paralelo o distinto del amparo que resulte igualmente satisfactorio o eficaz para tutelar los derechos fundamentales ya que, en caso contrario, si nos atenemos a lo establecido en el citado artículo 5° del CPC, de no existir aquel o de existir, pero no ofrecer garantías suficientes, es posible acudir a la vía del amparo. Por otro lado, cómo podemos reconocer si una vía paralela es satisfactoria o eficaz. En el ámbito laboral, cabría preguntarse además, si la Ley Procesal del Trabajo contempla una vía procesal que resulte igualmente satisfactoria para tutelar la vulneración de la libertad sindical, en tanto derecho fundamental.

Se ha propuesto desde la doctrina algunos criterios que permitan establecer la idoneidad de la vía paralela, como la velocidad y prontitud en la tramitación del proceso ordinario, la inminencia del peligro (sea violación o amenaza) sobre el derecho invocado, la adopción de medidas para evitar la irreversibilidad del daño alegado, o la anticipación que en el conocimiento de una causa ha tenido un juez en relación a otros[67]. En cualquier caso, será el juez el llamado a "examinar en cada caso concreto si la urgencia de tutelar un derecho fundamental puede ser eficazmente cubierta por un proceso distinto al amparo", y, de presentarse una "duda razonable", en aplicación del principio de favorabilidad –*favor processum* o *pro actione*–, podría darse cabida al amparo[68].

(65) Ibidem, p. 133.

(66) ABAD YUPANQUI, *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 571. Sentencia el autor que, de no ser así, "la naturaleza excepcional del amparo se vería mermada, y se podría trastocar nuestro sistema procesal, al dejarse de lado –sin justificación alguna– los procesos judiciales que podrían tutelar idóneamente los derechos fundamentales alegados".

(67) ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, "La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones", en Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Coord.), *Derechos fundamentales y Derecho procesal constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 152.

(68) ABAD YUPANQUI, *El proceso constitucional de amparo*, cit., p. 268.

¿Qué sucede en el caso de la libertad sindical? En la sentencia recaída en el caso Baylón, y ya estando en vigor el CPC, el TC estableció las pautas para la procedencia del proceso de amparo, destacando el claro carácter residual de dicho proceso en la nueva regulación procesal. Así, señala el TC que: "La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para las procedencia de amparo"[69]. En consecuencia, sentencia el TC, solo en los casos en que las vías ordinarias "no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandado la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate"[70].

No obstante, el TC se preserva la competencia para conocer casos que involucren violaciones a los derechos constitucionales laborales de carácter colectivo (libertad sindical, negociación colectiva y huelga). Así, la sentencia del caso Baylón trae una serie de consideraciones en torno a la protección de la libertad sindical que merecen ser señaladas:

- El reconocimiento constitucional de la libertad sindical y su interpretación conforme con los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Perú (Convenios N°s 87 y 98 de la OIT, fundamentalmente), "imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores [...] el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical"[71].
- El derecho de libertad sindical comprende una dimensión plural o colectiva que debe ser protegida. Con ello, se busca proteger "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 elegi-

(69) Expediente N° 0206-2005-PA/TC, (Fundamento N° 3).

(70) Expediente N° 0206-2005-PA/TC, (Fundamento N° 6).

(71) Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Fundamento N° 10).

dos"[72]. Esta protección permite garantizar el ejercicio de una serie de derechos y libertades, entre ellas los derechos de negociación colectiva y huelga.

- Como consecuencia de lo anterior, "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"[73].

Las consideraciones señaladas permiten concluir al TC que "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"[74]. Pero sucede que –a nuestro entender– la vía laboral ordinaria no resulta igualmente satisfactoria para reparar las posibles lesiones a que pudiera estar sometido el derecho de libertad sindical, al menos no con la misma idoneidad que se supone ofrece un proceso de amparo. Un proceso laboral de protección de la libertad sindical debería tener características especiales que le permitan al juzgador contar con los remedios procesales necesarios a fin de actuar en forma rápida y oportuna, atendiendo a la naturaleza del derecho en cuestión. Debe tratarse, en definitiva, de un proceso sumarísimo y preferente, distinto del proceso laboral ordinario. Lamentablemente, esta clase de proceso no está contemplado en nuestra legislación procesal laboral vigente.

Por eso, si bien el TC ha puesto el énfasis en los despidos originados en la lesión de la libertad sindical, como susceptibles de ser sustanciados en la vía del amparo, somos de la opinión que la tutela urgente que ofrece dicho proceso puede –y debe– hacerse extensiva a cualquier otra forma de vulneración de la libertad sindical. Esta tesis se refuerza si, como ha se ha sugerido, el proceso laboral ordinario no resulta una vía adecuada o "igualmente satisfactoria" que el amparo para la tutela de la libertad sindical.

(72) Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Fundamento N° 12).

(73) Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Fundamento N° 13).

(74) Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Fundamento N° 14).