
**RASGOS ESENCIALES Y FISURAS DE LA LIBERTAD
SINDICAL: EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN CUESTIÓN**

**ESSENTIAL FEATURES AND CRACKS IN FREEDOM OF
ASSOCIATION: THE CONSTITUTIONAL STATE IN QUESTION**

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

Doctor en Derecho, Universidad de Sevilla, España. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (julio 2014-diciembre 2020).

alfredo.villavicencio@pucp.edu.pe

Fecha de envío: 29/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

RASGOS ESENCIALES Y FISURAS DE LA LIBERTAD SINDICAL: EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN CUESTIÓN

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El trabajo desarrolla los elementos componentes de la libertad sindical bajo la influencia del pensamiento “ermidiano”. Entre ellos, examina la importancia del conflicto, el carácter multiforme en su rol distributivo que resulta clave para el equilibrio social y económico, su complejidad como derecho principalmente colectivo y de actividad, la condición de derecho fundamental que exige remover los obstáculos que puedan entorpecer su ejercicio, la rémora de los modelos de relaciones laborales fuertemente intervenidos y de la promovida descentralización de la autonomía colectiva, la imposición de una legalidad compatible con las normas internacionales y el carácter funcional para la modalización del trípode de sostén de la libertad sindical. Se concluye que fortalecer la relevancia de la acción sindical permite avanzar significativamente en las condiciones de trabajo y de vida.

Palabras clave: Libertad sindical - Estado constitucional - Conflicto colectivo - Sindicatos

Sumario: 1. Introducción. 2. Rasgos esenciales y fisuras de la libertad sindical: el Estado constitucional en cuestión.

Abstract: The work develops the component elements of freedom of association under the influence of "Ermidian" thinking. Among them, it examines the importance of conflict, the multiform nature in its distributional role that is the key to social and economic balance, its complexity as a mainly collective and active right, the condition of fundamental right that requires removing obstacles that may hinder its exercise, the remora of strongly intervened models of industrial

relations and the promoted decentralization of collective bargaining , the imposition of legality consistent with international standards and the functional character for the modalisation of the freedom of association tripod. It is concluded that strengthening the relevance of trade union action, makes significant progress in working and living conditions.

Key words: Freedom of association - Constitutional State - Collective conflict - Unions

Summary: 1. Introduction. 2. Essential features and cracks in freedom of association: the constitutional state in question.

1. Introducción

A mediados de mayo del 2011 viajé a Montevideo y Oscar Ermida tuvo la deferencia, otra más, de permitirme visitarlo. Pasamos un par de horas inolvidables, recordando los viejos tiempos y mirando el futuro de las relaciones laborales desde su privilegiada atalaya. Ya se había publicado su “Crítica a la Libertad sindical” y me instó a que escribiera ‘una crítica académica’ a su texto. Le di mi palabra a regañadientes y a mucha insistencia. Muy poco después falleció y me quedó el compromiso que pienso honrar en esta oportunidad, aunque no en los términos aceptados inicialmente, sino intentando darle una mirada complementaria a su estupendo ensayo, sobre este colosal instrumento de justicia social, tan grato para ambos, pero tan venido a menos.

Agradezco sentidamente a Jorge y Federico Rosenbaum, organizadores de este merecidísimo homenaje que la Revista Jurídica del Trabajo le rinde al más importante laboralista latinoamericano de las últimas décadas, que fue mucho más que una voz académica extremadamente rigurosa y fecunda. Fue, también, un gran maestro de diversas generaciones de laboralistas a lo largo y ancho de América Latina, un gran aglutinador de inteligencia alrededor del mundo del trabajo, un notable impulsor de investigaciones y un militante prominente de los fundamentos y principios de una disciplina puesta al servicio de la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos. Vaya pues, nuevamente, mi cariño y reconocimiento indelebles en estas ideas, que por convicción y finalidad tienen una fuerte raigambre ermadiana.

2. Rasgos esenciales y fisuras de la libertad sindical: el Estado constitucional en cuestión

1

El primer rasgo esencial en el campo de la libertad sindical, pasa por tener siempre presente, como lo hiciera notar KAHN-FREUND, que en las relaciones laborales *el conflicto es el padre de todas las cosas*.

Este rol genético del conflicto se expresa no únicamente en su condición de connatural, intrínseco y necesario en el mundo de las relaciones laborales, al punto que OJEDA (2008, pág. 445) afirma que *negar su existencia en las relaciones laborales es una insensatez que nadie mantiene*. Se expresa también (el rol genético) en que por su presencia surgen las organizaciones de los trabajadores para fortalecer a la parte laboral (sindicalización), cuya acción reivindicativa va creando el proceso de interacción dirigido a funcionalizarlo a partir de una búsqueda de puntos de encuentro entre los intereses de empleadores y trabajadores (negociación colectiva), búsqueda en la que la expresión descarnada del conflicto, la huelga, juega un rol claramente equilibrador, exacerbando el conflicto pero para componerlo (huelga).

Por lo tanto, como señala ERMIDA (1999, págs. 11-13), *en nuestra atípica parcela del ordenamiento jurídico, el conflicto es uno de los tipos, es normal, es el principio o la regla. Porque la razón de ser, la naturaleza de las cosas (de esas cosas) es el pluralismo, la autonomía, el conflicto, la protección o tutela, la autotutela, la huelga*. En función de ello, *el conflicto es sin duda, el elemento dinamizador de sistema de relaciones laborales y, más aún, le es funcional en el sentido de hacerle viable a través de su papel compensador o equilibrador*. De este modo, lo genético se funde con lo funcional, puesto que permite la negociación y el alumbramiento de acuerdos colectivos que democratizan la toma de decisiones y mejoran las condiciones de labor y de vida de los trabajadores.

Este “**sentido común**” laboralista viene siendo puesto en cuestión por la narrativa dominante de *deslaborización* de las relaciones de trabajo, irradiada por visión neoliberal de las relaciones de trabajo, según la cual ya no tenemos trabajadores sino colaboradores, tampoco remuneración, sino compensación ni despido, sino desvinculación. Esta categorización responde a la “superación” del conflicto de intereses antes referido, dado que hay un solo interés: el de la empresa, al que el colaborador se suma libremente (VILLAVICENCIO, 2016, págs. 17 y ss.). El embate es de hondo calado, pero no es el único y se encuentra trenzado con otros entre los que cabe resaltar los provenientes de la globalización, las transformaciones en la propia organización del trabajo, la

introducción de nuevas tecnologías. Todo ello en un marco de agudización de las premisas del capitalismo, que ha vuelto a entronizar a la competitividad como el valor máximo (ERMIDA, 2010) al que se vienen rindiendo grandes valores civilizatorios conseguidos esforzadamente a lo largo del siglo pasado.

2

El segundo rasgo esencial es que la libertad sindical, condensación jurídica de la tutela colectiva, es una institución multifuncional y caleidoscópica que cumple un papel decisivo en los procesos de producción y distribución de la riqueza y de asignación y ejercicio del poder, jugando un rol muy pronunciado de contrapeso.

En tal sentido, ha trascendido el ámbito de las relaciones laborales para convertirse en un componente esencial del Estado Constitucional de Derecho, en un instrumento clave de equilibrio social y económico general, en la medida en que cumple un fin central: la consecución de cuotas cada vez mayores de igualdad sustancial (tengamos siempre presente que el paradigma constitucional tiene en sus cimientos el Estado Social de Derecho). En tal sentido, ERMIDA (1985, pág. 26) acoge elocuentes citas en las *que se ha admitido sin vacilaciones que la libertad sindical es un elemento indispensable a la democracia real: VERDIER comprueba la libertad sindical es una constante un denominador común, de los regímenes democráticos, a tal punto que GIUGNI considera que la efectividad del orden democrático puede ser medida por la eficacia de la libertad sindical, la Declaración de Querétaro la proclama como elemento constitutivo de la democracia y LYON-CAEN concluye que no hay democracia sin libertad sindical.*

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

Para responder esta pregunta en la actualidad hay que buscar referencias en las opiniones de los que se encuentran en las atalayas más elevadas. No cabe ninguna duda de que los veinte destacados académicos que forman la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

(CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encuentran en tal élite y tenemos la suerte de contar con el Estudio General sobre los Convenios Fundamentales (2012), en cuyo primer párrafo referido al convenio 87 afirman:

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

Qué duda cabe que ERMIDA también es un referente obligado y en su último trabajo afirmaba rotundamente que:

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

En esta medida, es un relevante vehículo para generar igualdad sustantiva. Véase cualquier estadística sobre las condiciones de trabajo, sobre las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores sindicalizados y los que no lo están, en el país que se quiera, para entender la importancia de la tutela colectiva como instrumento no sólo de mejora de las condiciones de trabajo sino de ciudadanía social (por su actualidad, puede verse ANNER, 2020).

Sin embargo, no podemos desconocer que la libertad sindical viene perdiendo eficacia a causa principalmente de la difuminación del empleador y la

fragmentación del interés colectivo (descentralización productiva, deslocalización, subcontratación), la creciente automatización del trabajo, que viene disminuyendo la presencia e importancia del factor humano y ampliando las posibilidades de actuación empresarial (desregulación y flexibilización), así como por la tolerancia de formas de organizar el trabajo (como las plataformas tecnológicas) que ni siquiera reconocen la condición de trabajadores a quienes prestan servicios bajo su égida. Salvo en el caso de la automatización, se ha tratado de reducir a mínimos el ámbito subjetivo y objetivo de la protección laboral, individualizándola y desjuridificándola, diluyendo la normativa laboral, individual y colectiva, o llevándola a ámbitos mercantiles o civiles donde la regulación de las prestaciones es casi toda disponible para las partes.

Son tiempos de desmontaje de la protección brindada por el Derecho del Trabajo a partir de la política económica neoliberal, tras la caída del muro de Berlín y el fin de la bipolaridad, la cultura postmoderna individualista, la informalidad y los problemas intrasindicales, que marcan la crisis del sindicato y la autotutela colectiva, en apretado resumen de lo señalado al respecto por ERMIDA, (2012, págs. 47-48). Lo que a nivel macro se articula en un mundo globalizado en el que, en términos de SUPLOT (2011, pág. 26) *“el objetivo de la justicia social ha sido sustituido por el de la libre circulación de los capitales y de mercancías, y la competencia sin trabas. En lugar de amoldar la economía a las necesidades de los hombres, y el mundo financiero a las necesidades de la economía, se amolda la economía a las exigencias del mundo financiero y se trata a los hombres como ‘capital humano’ al servicio de la economía”*.

Por eso, las consecuencias de este desmontaje, no sólo conducen a un Derecho del Trabajo diezmado y anémico, sino que ponen en jaque el modelo de estado constitucional y democrático de derecho de nuestros países, en la medida que se le está privando de su principal instrumento de equidad, de ciudadanía social, de reparto tendencialmente equilibrado del poder y la riqueza, y de expresión de la democracia material.

En tal dirección, ha señalado FERRAJOLI que *“hoy asistimos a la crisis del paradigma constitucional determinada esencialmente por el fin del monopolio estatal de la producción normativa y del desarrollo, a escala global, de los*

poderes públicos y sobre todo de los económicos y financieros que se sustraen al gobierno de las instituciones políticas de la democracia representativa y a los límites y vínculos jurídicos del estado de derecho, tanto legislativo como constitucional". Agregando que "el futuro del estado de derecho y de la democracia, como alternativa a la quiebra de ambos también en el interior de los estados nacionales, depende de la progresiva expansión del paradigma constitucional a los ordenamientos supranacionales, a la altura de los nuevos poderes extra- o supraestatales" (2014, p. 22).

En la misma línea, la OIT a través de los informes *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos* (2004), *Trabajar por un futuro más prometedor* (2019) y el Estudio General sobre los Convenios Fundamentales (2012), *Dar un rostro humano a la globalización*, reclama el cambio del curso de la globalización, para imbuirla del respeto de las formas democráticas y dotarla de un enfoque basado en las personas, por lo que se debería aprovechar la ventana de oportunidad que también significa la tragedia global que estamos viviendo, ocasionada por la pandemia del corona virus, para dar pasos efectivos en esa dirección.

Hay que salir del curso puramente económico de la globalización para tamizarla a través de las reglas democráticas y del respeto a los derechos fundamentales, habida cuenta que, como afirma rotundamente HÄBERLE (2019, pág. 89) estos son una respuesta a una realidad antisocial: *"ellos buscan solucionar iusfundamentalmente la 'cuestión social'"*, tema frente al que los laboristas no podemos ponernos de perfil.

3

Como tercer rasgo esencial, debemos apuntar que estamos ante un derecho muy complejo, insuperablemente descrito por ROMAGNOLI (2006, pág. 18) cuando afirma que:

"la libertad sindical es una fórmula lingüística abreviada de la que nadie podía sospechar su exuberancia. La libertad sindical engendra el derecho a regular las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva y el derecho a condicionar su dinámica recurriendo a la huelga. Engendra el derecho al pluralismo organizativo y concurrencial a la vez que el derecho al autogobierno

del mismo. Engendra el derecho de los individuos a ejercitarla (la así llamada libertad positiva) junto a la de no ejercitarla (libertad negativa) y los derechos del sindicato a la vez que los derechos de los representados dentro del sindicato y respecto de él” (2006, pág. 18).

Involucra, por tanto, distintos binomios indisolubles, individual/colectiva, positiva/negativa, de organización/de actividad, que debemos tener presente siempre para poder dar cuenta de su riqueza.

Al respecto, debemos dejar indicado que el más relevante instituto de atribución de poder y equilibrio social de nuestras democracias, la tutela colectiva, funciona de manera sistémica: tiene como presupuesto la creación libre de sujetos colectivos, a la negociación colectiva como medio de expresión y a la huelga como garantía de eficacia.

Por tanto, si bien podemos dividir este derecho a efectos de estudiarlo con más acuciosidad, debemos afirmar que puestos en acción sus tres componentes (auto-organización, auto-regulación y auto-tutela) no sólo son inescindibles sino que deben poder materializarse efectivamente, ya que se trata de un trípode que para tenerse en pie requiere no sólo de sus tres pilares sino también de que ninguno sufra restricciones sensibles. Todo ello porque en realidad la parte orgánica o estática de la libertad sindical tiene una función de soporte del objeto de la tutela colectiva, que es la actividad de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

Desde el haz de derechos y binomios que trae consigo la libertad sindical, podemos afirmar que, si bien todos son necesarios, estamos frente a un derecho principalmente colectivo y de actividad, cuya efectividad presupone el surgimiento libre de sujetos colectivos. De allí que en América Latina las principales restricciones no sólo se encuentren en el plano orgánico o estático (número mínimo de trabajadores, categorías excluidas, registro discrecional, etc), sino que las hallamos también en el plano negocial (obstáculos para negociar por rama de actividad, por ejemplo) o en el conflictual (aceptación legal sólo de la huelga típica: suspensión total de actividades con abandono del centro de labores). Con esas dos últimas restricciones, muy difundidas en las legislaciones de nuestro subcontinente lleno de microempresas, se habrá

desmontado la efectividad de este medular instrumento de atribución de poder y consiguiente equilibrio social de nuestras sociedades.

Vuelvo al tema desde otro ángulo. Podríamos reducir a mínimos la exigencia de número de afiliados para constituir un sindicato y a la par abrir la posibilidad para crear organizaciones sectoriales, con lo que se levantan los cuestionamientos derivados del Convenio 87 de la OIT. Pero si exijo simultáneamente la aquiescencia de los empleadores para negociar por rama de actividad y la huelga sigue siendo aquella clásica (suspensión de labores con abandono del centro de trabajo), para la cual los empleadores encontraron el antídoto hace dos siglos, el resultado está cantado: el mantenimiento de la estructura sindical atomizada, la maldición de no superar el 10% de afiliación y la consiguiente atrofia del más importante instrumento de equilibrio social inventado por el propio capitalismo (cuando se sintió amenazado por las ideologías revolucionarias y particularmente por la revolución rusa).

4

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

La definición del rol del Estado en materia de libertad sindical no depende de la opinión de nadie, por importante que sea, y no es una materia de libre disposición para quienes ejercen el poder. El rol del Estado lo debemos encontrar, en primerísimo lugar, en las normas constitucionales, habida cuenta que la llegada del siglo XXI puede verse un período de sustitución de nuestros estados legales de derecho o “legicentristas” -para utilizar la expresión de PRIETO SANCHÍS (1998, pág. 16)-, por los respectivos estados constitucionales de derecho, con todo lo que ello significa en el ámbito de un fuerte proceso de revisión de todas las disciplinas jurídicas, que tienen que pasar ahora por el tamiz

de la norma suprema y su fuerte impronta en materia del principio de *fuerza inmediatamente vinculante de los derechos fundamentales* (HESSE, 1995, pág. 57).

En este contexto, partamos de la constatación de que estamos ante un derecho fundamental unánimemente reconocido por las constituciones latinoamericanas, y ello trae consigo necesariamente un conjunto de garantías negativas, dirigidas a la remoción de todos los obstáculos que puedan impedir o entorpecer su ejercicio. Pero, como derecho fundamental, también trae consigo relevantes garantías positivas, que implican la actuación estatal dirigida a construir el andamiaje necesario para asegurar su efectividad y que así este derecho pueda cumplir la finalidad para la que ha sido concebido; deberes estatales que llevan a revisar toda la actuación estatal en clave promotora, no sólo legal y no sólo de libertad sindical, dado que hay muchas normas precarizadoras en el ámbito individual que impactan directamente en la libertad sindical y que también deben ser revisadas. Estamos, pues, ante la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que como normas institucionales obligan al Estado a adoptar complejos marcos procedimentales y funcionales para concretar los valores en ellos encarnados (HÄBERLE, 2003, pág. 97).

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

internos dado que todos somos monistas, sino porque es cada vez mayor el número de países latinoamericanos que les otorgan rango constitucional, como sucede con Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela o Perú.

Adicionalmente, es importante tener siempre presente lo que significa el deber de garantía de los derechos fundamentales, en los términos establecidos por la Corte Interamericana de Justicia en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras:

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.

*Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de **organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.***

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (el resaltado es propio).

En el ámbito internacional, hay que indicar que los convenios 87 y 98 son el núcleo duro de la regulación de estos derechos, dado que son los primeros en trascender el ámbito individual para reconocer también la titularidad colectiva y los que regulan con mayor detalle el haz de potestades vinculadas a este derecho. Además de ello, hay que indicar que las normas aludidas involucran tanto la esfera estática u orgánica de la libertad sindical, como la dinámica o de actividad, debiendo poner especial énfasis en el campo tutelar, la intervención del Estado dirigida a garantizar (proteger y facilitar) el ejercicio del derecho, librándolo efectivamente de cualquier afectación en sí o en otros derechos laborales, que pueda sufrir un titular concreto por el hecho de ejercerlo. Tengamos siempre presente que, como señaló ERMIDA (1987, pág 23), *“las medidas de protección de la actividad sindical, por una parte, derivan, del*

principio de libertad sindical, son una consecuencia de éste, pero, por otra parte, constituyen presupuestos esencialísimos del ejercicio real y efectivo de la actividad sindical, porque si tales medidas de protección no existen o son ineficaces, ello determina que, en los hechos, la actividad sindical no pueda ser practicada”.

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

Sin embargo, ahora tenemos que matizar en alguna medida el mandato de abstención en el plano orgánico, por la irrupción de la globalización y su paradigma de descentralización productiva, así como de las nuevas tecnologías. La emergencia del empleador novatorio o fungible, o si se quiere el estallido de la empresa tradicional puso en jaque a las estructuras sindicales tradicionales, exigiendo su adaptación a la nueva situación. Como señala SUPIOT (2001, pág. 687) *“los derechos colectivos de los trabajadores deben poder adherirse a las formas que los empresarios imprimen a la organización del trabajo”.*

Y para lograr tal fin se requiere más que las iniciativas de auto-reforma sindical en que se encuentran inmersas la Confederación Sindical Internacional y la Confederación de Sindicatos de las Américas. Se necesita que el propio Estado se comprometa con medidas de fomento, estímulo o incentivo que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de organizarse a trabajadores de diversas contratistas, plataformas, cadenas internacionales de producción etc., entre ellos o conjuntamente con el personal de la empresa principal, lo mismo

respecto de trabajadores autónomos o parasubordinados que participan en la cadena productiva.

Además de ello, resulta imprescindible que se estimule la negociación colectiva supraempresarial, particularmente a nivel de rama, porque permite mayor fortaleza y mejor capacidad de sortear los retos generados por la nueva estructura empresarial en red (incluso dentro de las cadenas productivas internacionales). Basta ver las 6 ventajas de la negociación colectiva centralizada y las 8 desventajas de la descentralizada, señaladas por ERMIDA (2021, págs. 55-56), para apostar firmemente por ello. Y, simultáneamente, para que esta tutela colectiva sea realmente efectiva resulta perentorio permitir que la huelga pueda ejercerse en todas sus expresiones, con la sola exigencia planteada por el Comité de Libertad Sindical, de no perder su carácter pacífico. Seguir manteniendo que la única posible es la suspensión colectiva de labores con abandono del centro de trabajo, es una reducción a mínimos no sólo inconstitucional sino también impúdica, puesto que esconde el doble rasero frente al conflicto: su admisión en teoría y la negación de su ejercicio efectivo en la práctica, impidiendo en los hechos que cumpla su función compensadora o de equilibrio. Tengamos siempre presente que, a través de la huelga, en todas sus manifestaciones, *“participan los trabajadores en las decisiones y obligan al poder político y económico a contar con ellos”*, con afirma con claridad y contundencia OJEDA (2014, pág. 238).

Sólo así podremos salir del síndrome del 10% como tope que no podemos superar en ningún país latinoamericano que no sea Argentina, Brasil y Uruguay, que no por coincidencia son los 3 países que tienen sindicatos, negociación colectiva y huelga a nivel de rama o sectorial. Del mismo modo que se debe redefinir la figura del interlocutor empresarial para efectos colectivos, de manera que más allá de la pluralidad de empresas participantes haya una contraparte en la que estén todos los que tienen que ver con las condiciones de trabajo de la cadena, con una predeterminación propia de los pesos en la representación.

Si bien hasta hace poco tiempo bastaba con una mirada sólo de garantías negativas, la situación de emergencia que vivimos nos conduce a plantear la necesidad de actuación estatal promoviendo formas de organización y actuación

sindical que puedan permitir hacer frente a las nuevas relaciones laborales precarias, descentralizadas, bajo plataformas tecnológicas, etc., que vienen trastornando los postulados clásicos del Derecho del Trabajo y no sólo en materia colectiva.

5

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

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

En este marco, además, tenemos todavía como asignatura pendiente el tránsito de un modelo intervencionista y restrictivo, a un modelo democrático de relaciones laborales, donde la presencia estatal deje el máximo espacio a la autonomía sindical, como esfera de auto-organización, y a la autonomía colectiva, como esfera de regulación y gobierno de las relaciones laborales, y

siente presencia activa a través de un conjunto de garantías eficaces para el ejercicio de la actividad sindical individual y colectiva.

Esta tarea es tan ardua como urgente y hay que llevarla a cabo, ya se ha dicho, en medio de la vorágine de cambios introducidos por la globalización, la revolución tecnológica y los nuevos paradigmas de organización del trabajo, pero no hay que temerle ni correrle, porque así como la crisis económica ha sido una compañera histórica de nuestra disciplina, los cambios en la estructura y en la organización productiva también son permanentes y hay que tratar de ir dándoles respuesta metidos en el ojo mismo de la tormenta.

No nos sirven las “posiciones inmovilistas” ni las que lo consideran al sindicato como una pieza de museo. En todo caso, sobre todos estos temas PALOMEQUE recientemente ha dicho con autoridad que “los problemas han cambiado naturalmente, pero la necesidad de que la ordenación jurídica de las relaciones laborales adapte su respuesta compensadora de desigualdades al tiempo presente y a sus nuevos desafíos sigue siendo una exigencia permanente”, razón por la cual “la revitalización del sindicato y del sindicalismo como instrumento imprescindible para la tutela colectiva de los trabajadores y el progreso social del siglo XXI, también en las sociedades complejas contemporáneas, sigue siendo un objetivo inaplazable para la consecución de un sistema social cada día más libre y más justo” (2010, pág. 29).

6

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

Esta situación ha sido aceptada como expresión del *sentido común* relativo a que el ejercicio de cualquier derecho sólo puede ser amparado cuando se ejerce conforme a derecho, en su versión doméstica. Y en nombre de tal *sentido común* las muchas legislaciones latinoamericanas establecen regulaciones que colisionan reiteradamente con las normas del Convenio 87 y que se aplican por encima de cualquier enjuiciamiento de validez. Hemos de

decir al respecto, que esta situación no puede ser aceptada por los propios términos del artículo 9 del Convenio 87, que señalan:

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

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

Hay que prestarle especial atención al segundo párrafo que viene a decirnos que, así como hay que respetar la legalidad, ésta debe respetar en su texto y en su aplicación las garantías previstas en el propio convenio. No estamos, pues, ante un mandato unidireccional de respeto de la legalidad, sino de uno bidireccional que conlleva un doble condicionamiento entre el ordenamiento nacional originario y el que tiene origen internacional, pero se incorpora como norma interna a partir de la adopción del monismo como teoría adoptada unánimemente en América Latina. Y lo hace en muchos casos (Colombia, Argentina, Venezuela, Guatemala, Perú, etc), con rango constitucional, dando cabida a la institución del bloque de constitucionalidad, que, además de otorgarle el máximo rango a las normas constitucionales de origen internacional, les permiten el acceso a los procesos constitucionales que de manera célere y preferente se han establecidos en nuestros países para garantizar la tutela efectiva de los derechos constitucionales.

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

Finalmente, como séptimo rasgo esencial, debemos tener en cuenta que sindicación, negociación colectiva y huelga no conforman un triángulo y mucho menos equilátero, como tantas veces se ha referido. Los tres pilares de la libertad sindical tienen diferente tamaño, y la figura que mejor los grafica no es el triángulo (escaleno, con tres lados desiguales), sino el trípode, porque la mirada funcional no puede ser obviada nunca. Así, estos tres componentes no sólo son inescindibles, sino que su diferencia de tamaño no puede ser tal que impida que el pedestal se tenga en pie.

En esta estructura, la sindicación es el pilar más extenso, porque el derecho a constituir organizaciones y configurarlas libremente, se atribuye hasta a los trabajadores autónomos (“los trabajadores, sin ninguna distinción”, señala el Convenio 87), con la única posibilidad de que los países puedan limitar o excluir de este derecho a policías y militares. La negociación colectiva, en cambio, puede ser modalizada económicamente en el caso de los trabajadores del Estado (a partir de la necesidad de que el presupuesto público pueda cumplir todas sus finalidades). Y, finalmente, la huelga, puede llegar hasta prohibirse, en el caso de los servicios esenciales (en sentido estricto, según la OIT).

Siendo de distinta extensión los tres pilares de la libertad sindical, la modalización y recorte de dos de ellos, no puede ser tan aguda como para impedir que cumpla su función de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. En tal sentido, se debe entender que la modalización salarial de la negociación colectiva de los trabajadores del Estado no puede equipararse con prohibiciones de pactar remuneraciones o condiciones de trabajo que tengan trascendencia económica. Y similar mirada hay que tener respecto de la huelga en los servicios esenciales en sentido estricto, cuya prohibición, de ser el caso, debe venir acompañada del otorgamiento de garantías compensatorias, como un arbitraje célere e independiente, puesto que, de no ser así las organizaciones creadas y la negociación llevada a cabo tendrían una existencia fantasmagórica. Es decir, que sólo tienen restringido el pilar de la autotutela, en función de la protección de bienes jurídicos de igual o mayor valor que la propia huelga, por lo

que la restricción para ser válida debe venir acompañada de un instrumento sucedáneo que impida que el ejercicio de la libertad sindical sea infértil.

Concluimos alertando que de la mayor extensión de la parte orgánica de la libertad sindical no refuerza su importancia frente a la de actividad, sino fortalece, aunque parezca paradójico, la relevancia de la acción sindical. La libre creación y configuración del sujeto colectivo viene a ser un derecho de libertad, que no se diferencia en sustancia del genérico derecho de asociación, y cuya amplitud no es un fin en sí mismo sino una garantía de eficacia de la acción sindical. A organizaciones sindicales más fornidas mejores condiciones para el ejercicio de las facultades que hacen singular a la libertad sindical, le negociación y la huelga, a lo que viene aparejado un avance significativo en las condiciones de trabajo y de vida.

Bibliografía

- ANNER, M. (2020). "What difference does a unión make". Center for global workers rights, The Pennsylvania State University, Pensilvania.
- ERMIDA URIARTE, O. (1985). "Sindicatos en libertad sindical", Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1987). "Protección de la libertad sindical", Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (1999). "La flexibilización de la huelga", Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2003). "Derechos laborales y comercio internacional", en Globalización y derechos laborales, Salamanca.
- ERMIDA URIARTE, O. (2010). "Globalización y derechos laborales", en Revista Relaciones Laborales, N° 21, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2012). "Crítica a la libertad sindical", en revista Derecho PUCP,
- FERRAJOLI, L. (2014). "La democracia a través de los derechos", Editorial Trotta, Madrid.
- HÄBERLE, P. (2003). "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn", Editorial Dickinson, Madrid.
- HÄBERLE, P. (2019). "Los derechos fundamentales en el Estado prestacional", Editorial Palestra, Lima.
- HESSE, K. (1998). "Ley, principios, derechos". Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III/Editorial Dykinson, Madrid.
- OJEDA AVILÉS, A. (2008). "Derecho Sindical", Editorial Tecnos, Madrid.
- OJEDA AVILÉS, A. (2014). "Compendio de Derecho Sindical", Editorial Tecnos, Madrid.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. (2010). "El sindicalismo el siglo XXI y sus objetivos en transformación". En VV.AA., Hacia un sindicalismo en el siglo XXI (págs. 19-29). Editorial Congreso de la República del Perú, Lima.

- PRIETO SANCHÍS, L. (1998). Ley, principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III/Editorial Dykinson, Madrid.
- ROMAGNOLI, U. (2006). “El renacimiento de la palabra sindicato”, en Revista de Derecho del Trabajo, N° 2, Caracas.
- SUPIOT, A. (2001). “Revisiter les droits d’action collective”, en revista Droit Social, N 7, Paris.
- SUPIOT, A. (2011). “El espíritu de Filadelfia: la justicia social frente al mercado total”, Editorial Península, Barcelona.
- VENEZIANI, B. (1992). “Stato e autonomia collettiva” Cacucci Editore, Bari.
- VILLAVICENCIO, A. (2016). “La «desvinculación asistida» y el derecho al trabajo. El choque entre la *lex mercatoria* y el Estado Constitucional de Derecho, en Revista Trabajo y Derecho, N° 19-20, Madrid.