

LIBERTAD SINDICAL NEGATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO

Paola Operti
*Andrés Marabotto*¹

I. Introducción

La libertad sindical es uno de los institutos cardinales del Derecho colectivo del trabajo. No obstante, la doctrina no se ha puesto de acuerdo respecto de su verdadero alcance, en particular sobre la llamada libertad sindical negativa. Dicha libertad, muy someramente descripta, consiste en el derecho de los trabajadores y empleadores a no afiliarse a una organización profesional o a desafiliarse de la misma.²

El objeto de este trabajo es determinar si el ordenamiento jurídico uruguayo reconoce la libertad sindical negativa, más allá de consideraciones respecto de su conveniencia o inconveniencia. Las conclusiones a las que arribamos se colocan, a modo de resumen, al final del presente artículo.

I.i Importancia de la investigación

El punto es de gran interés práctico ya que de admitirse la existencia de la libertad sindical negativa se tornarían contrarias a Derecho diversas prácticas relativamente usuales en la vida jurídica.

En primer lugar, la admisión de la libertad sindical negativa conllevaría la ilegitimidad de algunas de las denominadas cláusulas sindicales. Genéricamente, se denomina “cláusulas sindicales” o “cláusulas de exclusión” a aquellas cláusulas de un convenio colectivo que buscan reforzar al sindicato por diversos medios. Ejemplos son -entre otras- la cláusula que obliga al patrón a contratar únicamente trabajadores afiliados al sindicato (cláusula “*closed shop*”) o la que impone la obligación del patrón de despedir a los trabajadores que se desafilien del sindicato (cláusula “*maintenance of membership*”).³ Por lo tanto, admitir la existencia de la libertad sindical negativa llevaría a concluir que las cláusulas sindicales son contrarias a Derecho. En palabras de ERMIDA: “La admisión sin reservas de la existencia de tal ‘libertad sindical negativa’, implica la interdicción total o parcial de las denominadas ‘cláusulas sindicales’”.⁴

-
1. Los autores desean agradecer a los Dres. Leonardo Slinger, Alejandro Castello y Santiago Pérez del Castillo, sin cuya colaboración el presente trabajo no hubiera sido posible.
 2. Mantero de San Vicente, Osvaldo, “Derecho Sindical”, primera edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, pág. 131.
 3. Ermida Uriarte, Oscar, “Sindicatos en libertad sindical”, segunda edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, pp. 33 y 34.
 4. Ermida Uriarte, Oscar, ob. cit., pág. 32.

En segundo lugar, la existencia de una libertad sindical negativa de raigambre constitucional sería contraria a cualquier acto del poder público por el cual se fuerce la afiliación o se prohíba la desafiliación a un sindicato, siempre que no se cumplan los extremos que habilitan la limitación de los derechos.⁵

En tercer lugar, esta cuestión se vincula con la problemática de los trabajadores que se oponen a las medidas decididas por el sindicato, entrando ya en el campo del derecho a disentir, por ejemplo, en el caso del ejercicio del derecho de huelga en cualquiera de sus modalidades.⁶

Finalmente, la cuestión cobra especial importancia a la luz de la Ley 17.940 sobre Libertad Sindical, norma que no ha permanecido ajena a la problemática de la libertad sindical negativa.

II. Conceptos preliminares

A los efectos de investigar la existencia de la llamada libertad sindical negativa, corresponde aclarar ciertos conceptos básicos. Para ello, recurriremos a los desarrollos que la más destacada doctrina ha elaborado.

II. i Libertad Sindical

a) Definiciones propuestas

Seguiremos en este apartado a LASTRA LASTRA, quien sistematiza las opiniones de diversos juristas a nivel del Derecho comparado.⁷

Para BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA: “La libertad de sindicatos consiste, en su significación estricta, en el derecho del trabajador y del empresario de sindicarse o no sindicarse y, en caso afirmativo, de poder, en los regímenes pluralistas, escoger entre uno y otro sindicato. Consecuencia inmediata de la libertad de sindicación es la de abandonar el sindicato... por tanto, la libertad de sindicación positiva se manifiesta en un acto de afiliación; la negativa, es una abstención o en un acto de retirada o baja.”

G. H. CAMERLYNCK y G. LYON-CAÉN, profesores de la Universidad de París, expresan que “la *libertad sindical* consiste para cada persona en la facultad de afiliarse a un sindicato y al sindicato de su elección, si existen varios; la facultad de no afiliarse y, por último, la facultad de abandonar el sindicato”. La libertad de organización sindical debe ser la facultad individual de “escoger la agrupación sindical a la cual adherirse”.

5. Un ejemplo de este debate se dio en Perú por medio de la llamada Ley de Bolsa de Trabajo (ley 25.022). Dicha norma facultaba a los sindicatos a designar el 25% del personal empleado en las obras civiles del país. El Fiscal de la Nación interpuso una demanda de inconstitucionalidad señalando que esta ley era discriminatoria por cuanto privilegiaba a los trabajadores sindicalizados en desmedro de los no afiliados. De esta forma, sostuvo que la ley atentaba contra la libertad sindical, la libertad contractual y el principio de no discriminación. En 1990 el Tribunal de Garantías Constitucionales de Perú rechazó la demanda distinguiendo el derecho de asociación clásico de la libertad sindical, señalando que éste último es un instituto autónomo que se rige por principios y reglas propias. Por ende, el derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación y otros relacionados no eran aplicables en tanto no estaba en juego el derecho de asociación en sentido estricto sino la libertad sindical. *Ermida Uriarte, Oscar, “Libertad sindical y derecho de asociación”, Derecho Laboral, Año 6, N° 13, 1993, Costa Rica, pág. 21.* Sin embargo, pocos meses después la Corte Superior de Lima amparó una demanda de inconstitucionalidad con idénticos fundamentos instaurada por la Cámara Peruana de la Construcción, recogiendo los argumentos del accionante. *León Vazquez, Jorge; Iriarte Pamo, Nadia y Canales Cama, Carolina, “Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial”, Gaceta del Tribunal Constitucional N°2, abril – junio 2006, Lima, Perú.*

Otro ejemplo del uso del poder público para obligar a pertenecer a una asociación lo da la Sentencia alemana 38, 291 de la Sala Primera de 18 de Diciembre de 1974. En este caso la recurrente ha sido obligada legalmente a pertenecer a una corporación de derecho público, cuya necesidad discute. El Tribunal Constitucional Federal sostuvo que “las asociaciones de derecho público sólo pueden ser creadas para cumplir una función pública legítima. Es por tanto un asunto del poder discrecional legislativo decidir cuáles de esas funciones puede cumplir no a través de sus autoridades, sino mediante la creación de una fundación o de una corporación de derecho público. El Tribunal Constitucional Federal puede por tanto sólo examinar si el legislador ha tenido en cuenta los límites de su poder discrecional. Por tanto, el Tribunal Constitucional Federal no tendrá que examinar si la elección de la forma de organización fue adecuada a los fines o era necesaria”. *Sentencia 38,281, Sentencia de la Sala Primera de 18 de Diciembre de 1974.*

6. En particular, resultan de interés las recientes sentencias por las cuales se amparó el reclamo de los trabajadores que se oponían a la ocupación de la empresa por parte de otros trabajadores. J.L. Civil 5° Sent 59/006, de 21/9/2006 y T.A.C. 5°, Sent. 159/2006, de 6 de octubre de 2006.

7. Lastra Lastra, José Manuel, “La libertad sindical”, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, Boletín Mexicano de Derecho Comparado (Núm. 98), Formato PDF, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=98>

Mozart V. RUSSOMANO sostiene que la *libertad sindical* es una figura triangular: “sindicación libre, autonomía sindical y pluralidad sindical”. Lo anterior presupone “la libre sindicación, contra la sindicación obligatoria; la autonomía sindical, contra el dirigismo sindical; la pluralidad sindical, contra la unidad sindical”.

Por su parte, VILLASMIL PRIETO entiende a la libertad sindical como el derecho de ejercer la actividad sindical. Por medio de esta definición se extienden sus contenidos subjetivo y objetivo, por cuanto se comprende tanto las organizaciones como a los individuos, al tiempo que se protege toda “acción sindical” más allá de la mera constitución o afiliación a un sindicato.⁸

Por último, debemos señalar que es objeto de discusión la vinculación entre el derecho de asociación y la libertad sindical debido a que las normas internacionales hablan tanto de libertad de asociación como de libertad sindical.⁹

b) Contenido

ERMIDA enseña que el concepto de libertad sindical ha ido evolucionando con el tiempo, ampliando de esta forma su contenido. Señala que, “mientras en sus orígenes se refería apenas al reconocimiento del derecho de los individuos a constituir sindicatos, actualmente posee un contenido complejo...”¹⁰ De esta forma, el autor entiende que la libertad sindical no se reduce a un derecho sino que se compone de un haz de derechos concretos.¹¹

La doctrina ha elaborado una enumeración de los derechos contenidos en el concepto de libertad sindical, según se desprenden de los Convenios Internacionales 87 y 98:¹²

- a. Derecho a afiliarse (art. 2 del Convenio 87), no afiliarse y desafiliarse.
- b. Derecho de constituir sindicatos sin autorización previa (art. 2 del Convenio 87).
- c. Derecho de organizar libremente el sindicato (art. 3 del Convenio 87).
- d. Derecho de los sindicatos a obtener personería jurídica (art. 7 del Convenio 87).
- e. Derecho de los sindicatos a no ser disueltos administrativamente (art. 4 del Convenio 87).
- f. Derecho a constituir federaciones y confederaciones (art. 5 del Convenio 87).
- g. Derecho a afiliarse a entidades internacionales (art. 5 del Convenio 87).
- h. Derecho de los trabajadores al fuero sindical (art. 1 del Convenio 98).

Se suelen señalar diversos planos de la libertad sindical, en particular un plano individual, un plano colectivo y otro frente al Estado.

La libertad sindical se encuentra en el ámbito del Derecho Colectivo del Trabajo, lo que supone necesariamente una pluralidad de sujetos. No obstante, esto no implica que la titularidad de los derechos sea colectiva en todos los casos.

En efecto, la libertad sindical es a la vez un derecho individual y un derecho colectivo.¹³ Por ejemplo, el derecho de afiliación, no afiliación o desafiliación a un sindicato, son manifestaciones individuales de la libertad sindical. En cambio, el derecho a que un sindicato no sea disuelto o intervenido por la Administración, refleja un aspecto colectivo de la libertad que nos ocupa.

8. Villasmil Prieto, Humberto, “La Libertad Sindical: Historia y Fundamentos”, Oficina Internacional del Trabajo, O.I.T., marzo de 2002, pág. 17 y 18.

9. Para profundizar sobre esta distinción ver: Sarthou, Helios, “Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical”, en obra colectiva “Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, coordinado por Buen Lozano, Néstor de y Morgado de Valenzuela, Emilio, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, formato PDF, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/13.pdf>; Jiménez de Aréchaga, Justino, “La libertad sindical: bases para una legislación sobre sindicatos, protección internacional de la libertad sindical”, Fundación de Cultura Universitaria, 1980, pág. 13; Plá Rodríguez, Américo, “Curso de Derecho Laboral”, Ediciones Idea, Montevideo, 1999, pp. 41-43; Ermida Uriarte, Oscar, “Libertad sindical y derecho de asociación”, Derecho Laboral, Año 6, N° 13, 1993, Costa Rica, pp. 3-25; Dieste, Juan Francisco, “El concepto de libertad sindical y sus relaciones con el derecho de asociación”, Revista Judicatura, N° 41, Agosto 2000, pp 491-510.

10. Ermida Uriarte, Oscar, “Sindicatos en libertad sindical”, ob. cit., pág. 29.

11. Ermida Uriarte, Oscar, “Libertad sindical y derecho de asociación”, ob. cit. pág. 5.

12. Ermida Uriarte, Oscar, “Sindicatos en libertad sindical”, ob. cit., pág. 29; Villasmil Prieto, ob. cit. pág. 32 a 35.

13. Cfm. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit. pág. 79; Jiménez de Aréchaga, Justino, ob. cit., pág 15 y ss; Ermida Uriarte, Oscar, “Libertad sindical y derecho de asociación”, ob. cit. pág. 5; Sarthou, Helios, ob. cit. pág. 188; entre otros.

II. ii La libertad sindical positiva y negativa

Al hablar de libertad sindical positiva y negativa nos ubicamos dentro del aspecto individual de la libertad sindical.

SARTHOU habla de cuatro facultades que se dan dentro del aspecto individual de la libertad sindical: adhesión, abstención, desistimiento y constituyente.¹⁴ La facultad de adhesión y la constituyente forman parte de la libertad sindical positiva; mientras que las facultades de abstención y de desistimiento forman parte de la libertad sindical negativa.

Para ERMIDA, “En el aspecto positivo de la libertad sindical individual se incluyen esos derechos ya conocidos a afiliarse a un sindicato, a constituirlo, pero también el derecho de elegir sus autoridades y de ser elegido como una de ellas.”; y la libertad sindical negativa consistiría en “el derecho a no afiliarse a un sindicato y a desafiliarse de él.”¹⁵

De lo señalado puede concluirse que la libertad sindical positiva consiste en el derecho de los trabajadores de asociarse de manera de defender y reivindicar, en forma conjunta, sus derechos e intereses, quedando amparada toda la acción sindical. Por su parte, la libertad sindical negativa, consiste, en el derecho del trabajador a no formar parte de un sindicato o a desafiliarse al mismo.

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en el reconocimiento de la libertad sindical positiva. No obstante, no sucede lo mismo con la libertad sindical negativa. Ello se debe a diversos factores. En primer lugar, a la falta de reconocimiento expreso por parte del Convenio 87. En segundo término, a su contrariedad con las cláusulas sindicales, muy comunes en el mundo anglosajón. Finalmente, también es resistida por los sindicatos y la doctrina en tanto derecho meramente individual.¹⁶

III. Normativa

MANTERO DE SAN VICENTE recopila, las reglas aplicables a la materia.¹⁷ Transcribiremos los artículos más relevantes concernientes a la libertad sindical negativa.

- Constitución de la OIT

La libertad sindical se encuentra recogida en el preámbulo, reconocida como principio y objetivo en los párrafos 1, 2, y 3. Asimismo, está implícita en los art. 3, 5, 23 y 24.¹⁸

- Declaración de Filadelfia

Aparece mencionada en los párrafos I,b; II,a y III, e.¹⁹

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*

Art. 20.1 Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Art. 20.2 Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

14. Sarthou, Helios, ob cit, pág 188.

15. Ermida Uriarte, Oscar, ob. cit., pág. 32.

16. Esta circunstancia es comentada por SARTHOU: “Si bien filosóficamente está fundada la inclusión de esta modalidad de libertad sindical, no cabe duda que desde cierto punto de vista, se inscribe en un plan individualista antisindical, que persigue proteger al individuo contra la presunta ‘tiranía de grupo’ a la que alude Durand.” Sarthou, Helios, ob cit, pág 193.

17. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit., pág.76.

18. Gros Espiell, Héctor, “El concepto de la libertad sindical en la Constitución de la O.I.T. y en los convenios sobre libertad sindical y derechos de sindicación y negociación colectiva”, en Estudios Sobre la Negociación Colectiva en Memoria de Francisco de Ferrari, Editorial M.B.A., Montevideo, 1973, pp. 147-149.

19. Gros Espiell, Héctor, ob. cit. pág 149.

Art. 20.4 Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

- Pacto de San José de Costa Rica (ley 15.737)

Art. 16. Libertad de asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ley 13.751)

Art. 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 13.751)

Art. 8. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá)

Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, ley 16.519).

Artículo 8. Derechos Sindicales

1. Los Estados partes garantizarán:

a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

- Convenio 87 de la O.I.T. sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación. (ratificado por ley 12.030)

Art. 2.º.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Art. 8.º - 1. 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.

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

- Convenio 98 de la O.I.T. sobre Derecho de sindicación y de Negociación colectiva (ratificado por ley 12.030)

Art. 1.º 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Art. 2.º 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

- *Convenio 141 de la O.I.T. sobre Organizaciones de Trabajadores Rurales (ratificado por ley 16.039)*

2. Los principios de la libertad sindical deberán respetarse plenamente; las organizaciones de trabajadores rurales deberán tener un carácter independiente y voluntario, y permanecer libres de toda injerencia, coerción o represión.

4. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente artículo, los trabajadores rurales y sus organizaciones respectivas deberán, lo mismo que las demás personas o colectividades organizadas, respetar la legalidad.

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

- *Convenio 151 de O.I.T. sobre Relaciones de Trabajo en la Administración Pública (ratificado por ley 16.039)*

Artículo 9. Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones.

- Declaración Sociolaboral del MERCOSUR

Libertad sindical. Artículo 9º. - Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo. Se deberá garantizar:

a) la libertad de afiliación, de no afiliación y de desafiliación, sin que ello comprometa el ingreso a un empleo o su continuidad en el mismo;

b) evitar despidos o perjuicios que tengan como causa su afiliación sindical o su participación en actividades sindicales;

c) el derecho a ser representados sindicalmente, conforme a la legislación, acuerdos y convenciones colectivos de trabajo vigentes en los Estados Partes.

- Constitución de la República art. 7, 36, 57, 72 y 332.

Artículo 7º.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Artículo 10.- Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Artículo 36.- Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.

Artículo 57.- La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica.

Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje.

Declarase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.

Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Artículo 332.- Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

-Decreto 93/968

Art. 2 Los trabajadores y empleadores sin ninguna distinción y autorización previa tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el derecho de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Art. 6 Al ejercer los derechos que se les reconocen en este decreto, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

- Ley 17.940 Libertad Sindical

Artículo 1º.- (Nulidad de los actos discriminatorios).- Declárase que, de conformidad con el artículo 57 de la Constitución de la República, con el artículo 1º del Convenio Internacional del Trabajo N° 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949) aprobado por la Ley N° 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y con los literales a) y b) del artículo 9º de la Declaración sociolaboral del MERCOSUR, es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo.

IV. Opiniones doctrinarias

Nos dedicaremos ahora a determinar si existe en nuestro ordenamiento la llamada libertad sindical negativa. Relevaremos en este apartado las opiniones doctrinarias que se han expuesto a nivel nacional y en el derecho comparado.

Tradicionalmente, la doctrina encabezada por distinguidos publicistas como JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA y GROS ESPIELL, así como por los más destacados laboristas como PLÁ RODRÍGUEZ y SARTHOU, ha entendido que si bien la libertad sindical negativa no se encuentra recogida a texto expreso por diversos motivos (a saber, la antipatía con la que es mirada por los trabajadores sindicalizados y su carácter puramente individual), la misma está contenida en el propio concepto de libertad sindical. Al respecto, se hace hincapié en que una libertad consiste esencialmente en una opción entre varias posibilidades. Por ende, no puede hablarse de una verdadera libertad si no existe la posibilidad de no ejercer el derecho que se reconoce. Se entiende que si una persona es libre de adherirse, esto implica que puede adherirse o no, de lo contrario no se trataría de un derecho sino de una obligación. Los autores que defienden esta tesis entienden que no es necesario que la libertad sindical negativa surja expresamente del texto normativo por una razón de sentido común: al conferirse un derecho se sobreentiende que su titular es libre de ejercerlo o no. Así como el derecho a no hablar está contenido en el de libre expresión del pensamiento, el derecho a no afiliarse o desafiliarse está contenido en el derecho a afiliarse.²⁰

Por su parte, ERMIDA se limita a conceptualizar la libertad sindical negativa, señalando las consecuencias polémicas de su admisión, como ser la interdicción de las cláusulas sindicales. Tras relevar los diferentes tipos de cláusulas sindicales, señala que las mismas han evolucionado de forma de compatibilizarse con el pluralismo sindical.²¹

MANTERO DE SAN VICENTE estudia la cuestión partiendo de los antecedentes históricos de los convenios internacionales 87 y 98. Menciona el autor que en los trabajos preparatorios de dichos instrumentos, los países de habla inglesa se opusieron al reconocimiento expreso de la libertad sindical negativa en el texto, dada la gran difusión de las cláusulas de exclusión sindical en dichas naciones. De esta forma, no solo la libertad sindical negativa no fue expresamente reconocida en el Convenio, sino que además la O.I.T. se preocupó por dejar en claro que el instrumento no debía interpretarse en el sentido de prohibir las cláusulas sindicales. La Conferencia de 1949, al aprobar el Convenio, también emitió una declaración señalando que el mismo “no debería interpretarse en el sentido de que autoriza o prohíbe las cláusulas de seguridad sindical, y que estas cuestiones deben resolverse de acuerdo con la reglamentación y las prácticas nacionales”. Esto lleva a MANTERO DE SAN VICENTE a señalar que “en opinión de los organismos técnicos de la O.I.T. los convenios sobre libertad sindical ni imponen ni prohíben las cláusulas de exclusión. El punto debe ser resuelto por las normas de orden interno”.

De acuerdo al análisis efectuado, el autor concluye, en forma elíptica, que existe una libertad sindical negativa. Señala que, la cláusula de exclusión “constituye además, al impedir el libre ejercicio de la libertad de afiliación, una lesión a los aspectos individuales de la libertad sindical”.²²

Asimismo, MANTERO DE SAN VICENTE transcribe una opinión de DE FERRARI que nos ilustra sobre la postura de éste último en lo referente a las cláusulas de exclusión y por ende a la libertad sindical negativa: “Si por razones puramente históricas y sociológicas, pueden o pudieron ser defendidas, en cambio desde el punto de vista filosófico, del orden jurídico y de la teoría del derecho del trabajo, tales cláusulas deben ser rechazadas, por lo que tienen de contrarias a la libertad de trabajo y de conciencia.”²³

20. Cfme. Plá Rodríguez, Américo, ob. cit. pág. 60; Jiménez de Aréchaga, Justino, ob. cit., pp 18 y 19; Sarthou, Helios, “Rasgos ontológicos de la libertad sindical”, ob. cit., pág. 193; Gros Espiell, Héctor, ob. cit. pág. 166.

21. Ermida Uriarte, Oscar, ob. cit. pp. 31 a 36.

22. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit. pp. 131 – 134.

23. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit. pág. 134.

La existencia y protección de la llamada libertad sindical negativa es también un tema de discusión en otros países. En un interesante estudio sobre las cláusulas sindicales en el derecho comparado, SÁNCHEZ-CASTAÑEDA hace referencia a una libertad sindical negativa absoluta y una libertad sindical negativa limitada. Según este autor, la libertad sindical negativa absoluta es recogida por España²⁴ y Francia²⁵, y a nivel internacional por la Carta Social Europea y la O.I.T. Entre los países que recogen una libertad sindical negativa limitada, el autor menciona Canadá y Estados Unidos.²⁶

Cabe mencionar que la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido expresamente la libertad sindical negativa en el caso *Sigurjonsson v. Islandia*, derivando tal derecho del artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. En particular, señaló la Corte: “Tal como entendemos el artículo 11, la faz negativa de la libertad de asociación es necesariamente complementaria, correlativa e inseparable de la faz positiva. La protección de la libertad de asociación sería incompleta si la misma se extendiera únicamente al aspecto positivo. Se trata de un único derecho.”²⁷ Al igual que otros tratados internacionales, dicho artículo tiene una redacción que únicamente recoge a texto expreso la libertad sindical positiva.²⁸ Por tal motivo, la labor interpretativa de la Corte Europea es aplicable a otros acuerdos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre la temática en Estados Unidos, vale la pena hacer algunas puntualizaciones, para lo cual volvemos a recurrir a LA STRA LA STRA. El autor, apoyándose en diversa doctrina, reseña la realidad actual de ese país en materia de libertad sindical negativa en varios de sus aspectos: “La cláusula de exclusión de ingreso, es decir, el taller cerrado o *closed shop*, fue prohibida también por la Ley Taft Hartley’. En 1985, un tribunal determinó, por cinco votos contra cuatro, que era correcta la conclusión de que un sindicato no podía prohibir a un miembro suyo que lo abandone”.²⁹

La ley Taft-Hartley (también conocida como *Labor-Management Relations Act* o *LMRA*) vino a modificar en gran medida la *National Relations Act*, prohibiendo la cláusula *closed shop* aunque mantuvo la legalidad de la *union shop* (section 8[a][3]). Sin embargo, la ley Taft-Hartley permitió a los estados de la unión dictar sus propias leyes referentes al derecho a trabajar (section 14[b]), por lo que incluso la cláusula *union shop* está técnicamente prohibida en aquellos estados que han legislado en la materia, los cuales superan la veintena.³⁰

En la región, SARTHOU releva los casos de Brasil, Argentina y Paraguay donde la libertad sindical negativa se encuentra reconocida a texto expreso, incluso en normas de rango constitucional.³¹

-
24. El artículo 28.1 de la Constitución española reconoce la libertad sindical negativa en forma expresa, señalando que nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. Asimismo, el 4.2.c) establece el derecho a la no discriminación por razones de afiliación o no a un sindicato. Finalmente, el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores establece la nulidad de las cláusulas de convenios colectivos que tengan discriminaciones favorables o adversas por razón de afiliación o no a sindicatos.
25. El artículo L.411-8 del Código de Trabajo establece que todo miembro del sindicato puede retirarse en cualquier momento.
26. Sánchez-Castañeda, Alfredo, “La cláusula de exclusión y el pluralismo sindical en el derecho comparado”, en obra colectiva “Libertad Sindical: cláusula de exclusión”, coordinado por Kurcyn Villalobos, Patricia y Macías Vázquez, María Carmen, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, formato PDF, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=243>
27. Cfme. Davis Jr., W. Kearns, “*Sigurjonsson v. Iceland: The European Court Of Human Rights expands the negative right of association*”, *Case Western Reserve Journal of International Law*; Spring/Sum95, Vol. 27 Issue 2/3, p301, 19p. (traducción libre).
28. La norma en cuestión reza: “Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.
29. William B. Gould IV, “Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo”, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1991, pág. 143, caso *Pattern Makers’ League of North America v. NLRB*, U.S.(27 de junio 1985); Lastra Lastra, José Manuel, ob. cit., pág. 14. En rigor, cabe diferenciar la cláusula “taller cerrado” de la prohibición de abandono del sindicato. Lo primero consiste en que no se puede ingresar a trabajar si no se está afiliado. Lo segundo implica que el individuo no se puede desafiliarse.
30. Getman, Julius y Pogrebin, Bertrand, “Labor Relations: the basic processes, law and practice”, The Foundation Press, Inc, Estados Unidos, 1988, pp. 323 –324; Cox, Archibald, Bok, Curtis, Gorman, Robert y Finkin, Matthew, “Labor Law: cases and materials”, The Foundation Press, Inc., 11ª Edición, Estados Unidos, 1991, pp. 1117-1120; Clarkson, Kenneth; LeRoy, Roger; Jentz, Gaylord; y Cross, Frank, “West’s Business Law”, West Legal Studies in Business, octava edición, Estados Unidos, 2001, pp. 762 y 763.
31. Cfme. Sarthou, Helios, en obra colectiva “El Derecho Laboral del Mercosur Ampliado”, Fundación de Cultura Universitaria y Organización Internacional del Trabajo (Cinterfor/OIT), 2ª Edición, Montevideo, 2000, pág. 435.

Finalmente, señalamos la situación de México, donde la cláusula de exclusión encontraba sustento legal expreso en la Ley Federal de Trabajo (arts. 395 y 413) hasta que dicha parte de la ley fuera declarada inconstitucional en el año 2000, por su contrariedad con los artículos 5º, 9º, y 123 apartado "A", fracción XVI, de la Constitución (derecho al trabajo, a la libertad de asociación y libertad sindical)³² aún cuando dichos artículos no contienen una protección expresa de la libertad sindical negativa.³³

V. Nuestra opinión

En nuestro país, entendemos que el ordenamiento jurídico reconoce la libertad sindical negativa.

En primer lugar, este reconocimiento está dado a texto expreso en el Protocolo de San Salvador (artículo 8.3, internalizado por la ley 16.519) y la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (artículo 9). Esta conclusión también se deriva de la reciente ley de libertad sindical 17.940 (art. 1), aunque sin mención expresa.

En segundo lugar, la existencia de la libertad sindical negativa se deriva de la propia libertad sindical positiva, siguiendo a la doctrina tradicional antes citada. En tanto las normas establecen un derecho y no una obligación, va de suyo que el titular es libre de ejercer o no dicha prerrogativa.

Por último, el reconocimiento de esta faz negativa se deduce de la necesaria coordinación que debe darse entre la libertad sindical y los demás derechos fundamentales, como ser el de libertad en términos generales, trabajo, igualdad y asociación.

Estas conclusiones se derivan de los desarrollos siguientes.

Vi Situaciones jurídicas

Las normas más importantes en materia de libertad sindical, en particular el Convenio 87, conceden al individuo el derecho a afiliarse a un sindicato. Esta norma coloca al sujeto en una situación jurídica que merece la pena ser estudiada a efectos de responder si el titular está obligado (o si puede ser obligado) a ejercer el derecho que le confiere la norma. Comenzaremos por definir las situaciones jurídicas para luego atender a las diversas clasificaciones que se han propuesto. En el apartado siguiente, veremos en qué situación jurídica se encuentra el individuo respecto de la libertad sindical.

Sólo puede hablarse de situaciones jurídicas en el marco de una relación jurídica, por ende es necesario definir previamente el concepto de relación jurídica. Al respecto, describe RECASENS SICHES: "La norma jurídica (de imposición inexorable) regula o coordina desde un punto de vista objetivo las actividades sociales, de tal suerte que concede a cierta conducta de un sujeto (el titular del derecho) la capacidad normativa de determinar en otro sujeto (el obligado), o en varios, un determinado comportamiento positivo o negativo".³⁴

Aclarado el punto, procede establecer el concepto de situación jurídica. DURÁN MARTINEZ concibe las situaciones jurídicas como "las diversas posiciones que –conforme a Derecho– un sujeto puede tener frente a otros".³⁵

32. Lastra Lastra, José Manuel, ob. cit., pág. 18.

33. Artículo 5. *A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial (...) El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.*; Artículo 9o. *No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito*; Artículo 123. *Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley. El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán: A. Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos, y de una manera general, todo contrato de trabajo: XVI. Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera;*

34. Recasens Siches, Luis, "Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho", segunda edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, pp. 219 y 220.

35. Duran Martínez, Augusto, "Situaciones jurídicas subjetivas", La Justicia Uruguaya, tomo 122, sección Doctrina, pág. 91.

El citado autor toma una clasificación propuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, distinguiendo las situaciones jurídicas en activas o pasivas, según sean de ventaja o desventaja, amplíen o disminuyan la esfera jurídica. Dentro de las activas, encontramos la potestad o derecho potestativo, el derecho subjetivo, el interés legítimo y por último el interés. Por otro lado, dentro de las pasivas encontramos la sujeción, el deber y la obligación. Por último, en una categoría intermedia este autor ubica el poder-deber (como la patria potestad), el derecho-deber (como el voto) y la carga (imperativo del propio interés que limita un poder). La situación jurídica de "derecho-deber" es de especial trascendencia en nuestro caso en tanto describe un derecho de ejercicio obligatorio. En particular, importa determinar si la libertad sindical puede ser un derecho-deber.

En cuanto al concepto de derecho subjetivo, DURÁN MARTÍNEZ adhiere a la tesis de JELLINEK inspirada en IHERING. Derecho subjetivo es, en palabras de JELLINEK, "la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o un interés".³⁶

Por su peso histórico, debemos referirnos a la clasificación de HOLFELD, la cual, en la transcripción de MASSINI CORREAS, organiza las situaciones jurídicas activas de la siguiente forma:

- 1) *Derechos reclamo*, que tienen lugar cuando otro sujeto jurídico tiene el deber de realizar una acción a favor del sujeto titular.
- 2) *Libertades*, que se tienen cuando otro sujeto no tiene el derecho de impedir la conducta del titular
- 3) *Poderes*, que suponen la capacidad de modificar la situación legal de otro sujeto jurídico
- 4) *Inmunidades*, de la que se es titular cuando el otro sujeto no tiene la capacidad legal de modificar la propia situación jurídica.³⁷

Por su parte, NINO estudia los diferentes conceptos de derecho subjetivo bajo el siguiente abordaje:

- 1) Derecho como equivalente a no prohibido.
- 2) Derecho como equivalente a autorización.
- 3) Derecho como correlato de una obligación activa.
- 4) Derecho como correlato de una obligación pasiva.
- 5) Derecho como acción procesal.³⁸

Más allá de las clasificaciones propuestas, podría sostenerse que el ordenamiento jurídico, en tanto sistema lógico de normas, únicamente puede reconocer dos tipos de conductas, las permitidas y las no permitidas. De esta forma, las denominaciones clásicas de "derecho" "obligación", "carga", etc., son meros nombres que sintetizan un complejo de permisos y prohibiciones.

V.ii Interpretación del Convenio 87

Comenzaremos por la norma cardinal referente a la libertad sindical, cual es el Convenio 87, para luego estudiar su coordinación con las restantes reglas de Derecho.

En tanto el mencionado Convenio tiene naturaleza de tratado, corresponde interpretarlo a la luz de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual "deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (art. 31). Cuando estos criterios arrojen un sentido ambiguo o conduzcan a un resultado absurdo, podrá recurrirse a medios de interpretación complementarios recogidos en el art. 32, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración.

36 Durán Martínez, Augusto, ob. cit., pág. 92.

37 Massini Correas, Carlos I., "Filosofía del Derecho. El Derecho y los derechos humanos", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 80-82.

38 Nino, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del Derecho", novena edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1999, pp. 195-209.

a) Sentido corriente del texto

El primer elemento para la interpretación lo constituye el sentido corriente del texto del Convenio. Sin embargo, el mismo guarda silencio respecto de la libertad sindical negativa, limitándose a reconocer la libertad sindical en términos generales con contenido positivo (derecho a constituir sindicatos, a afiliarse, etc). Ante esta realidad, resulta necesario realizar una lectura de buena fe tal como ordena la Convención de Viena, estudiando la situación jurídica del titular de dicha libertad a efectos de determinar si se trata de un derecho de ejercicio libre o de un derecho-deber.

En términos teóricos, derecho y deber no son necesariamente contradictorios. En efecto, puede verse que los conceptos transcritos de *derecho subjetivo* (como correlato de una conducta pasiva) y de *deber*³⁹ son perfectamente conciliables. Por ejemplo, un sujeto tiene el derecho de votar por lo cual nadie puede impedir que vote, pero, si no vota es pasible de una sanción.

Sin embargo, toda vez que un sujeto se encuentra en la posición jurídica de derecho-deber, es porque se le ha restringido la libertad de decidir si quiere ejercer o no el derecho que se le ha conferido. Como señala GARCÍA MAYNEZ, transcrito por RECASENS SICHES, el derecho de libertad "es un derecho de segundo grado, que consiste en la posibilidad (determinada por la norma) de una persona de optar a su arbitrio entre el ejercicio o no de sus derechos subjetivos".⁴⁰ Esto quiere decir que existen dos planos diferentes. En el primero de ellos, el sujeto aparece como titular de varios derechos subjetivos. En un segundo plano, el sujeto titular de esos derechos en ejercicio de su libertad puede optar por ejercerlos o no. De lo antedicho puede derivarse que es posible conferir o reconocer un derecho a un sujeto al tiempo que privarlo de la libertad de elegir si quiere o no ejercerlo, tornando obligatorio su ejercicio. Tal es el caso del derecho-deber, en tanto el sujeto es titular de un derecho pero carece de la libertad de decidir o no su ejercicio.

Más allá de lo antedicho, es claro que el principio general es la libertad (según el artículo 7 y 10 de la Constitución), de forma que toda vez que una norma confiere o reconoce un derecho va de suyo que su titular es libre de ejercerlo o no. Una limitación en este sentido deberá efectuarse con las máximas garantías constitucionales por varios motivos que se detallan a continuación.

En primer lugar, por cuanto significa una limitación a la libertad consagrada en el artículo 10 de la Constitución, por lo que solo puede hacerse por ley y por razones de interés general.⁴¹

En segundo lugar, en caso de regularse la libertad sindical como un derecho-deber, debe tenerse especial cuidado al establecer la sanción, por cuanto las mismas suelen ser también limitativas de derechos fundamentales. Por este motivo, puede terminar existiendo una doble restricción. Por ejemplo, si una cláusula sindical exige la afiliación obligatoria como condición para acceder al trabajo, la cláusula misma constituiría una restricción a la libertad, al tiempo que la sanción (el no acceso al empleo) estaría afectando el derecho humano al trabajo.

Finalmente, hay que recordar que no cualquier restricción establecida por ley es constitucional. En efecto, los derechos humanos se caracterizan por ser absolutos, lo cual implica que no pueden ser desaplicados en cuanto a su contenido esencial. En un conflicto aparente⁴² entre el derecho de afiliarse a un sindicato y el derecho al trabajo, se hace necesario recurrir a la armonización de los derechos a fin de determinar el contenido esencial de

39 El deber puede definirse, en términos de Kelsen, como la conducta opuesta al acto antijurídico. Para el autor, un acto antijurídico es aquel que tiene previsto una sanción en la norma. De este modo, si la conducta antijurídica es matar, la conducta opuesta (no matar) es la debida según la norma secundaria. Nino, Carlos Santiago, ob. cit., pp. 192 y 193.

40 Recasens Siches, Luis, ob. cit. pág. 224

41 Este principio es manejado por MANTERO DE SAN VICENTE al señalar que la negación de la libertad de no afiliarse por medio de un acto del poder público debe cumplir dichos requisitos. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit., pág. 132.

42 Decimos aparente por cuanto, en rigor, no existen los conflictos de derechos según la tesis de SERNA y TOLLER (la cual en forma sumárisima intentaremos explicar). Esto se debe a que los derechos humanos son la protección jurídica de bienes humanos. Los bienes se definen como aquello que colabora a que el hombre alcance su fin último, concebido como la actualización de todas sus potencias. En estos términos, los bienes se coordinan necesariamente, puesto que si uno anula a otro, el primero dejaría de ser conceptualmente un bien ya que no estaría colaborando a alcanzar el fin del hombre. Como los derechos no son más que la protección jurídica de los bienes, deben asimismo coordinarse necesariamente. De esto se deduce que no puede haber conflictos entre derechos, sino conflictos entre pretensiones. Lo que en realidad sucede en estos casos es que uno de los sujetos en pugna está pretendiendo ejercer su derecho con exceso, esto es, por fuera de su contenido esencial. Por ello, resolver un conflicto aparente de derechos implica estudiar el bien jurídico protegido por el derecho para determinar cual es el contenido esencial a proteger. Ese contenido esencial es protegido en forma absoluta, de forma que no puede ser desaplicado. Por ende, hay que buscar armonizar ambos derechos en juego de suerte que el contenido esencial de ambos sea respetado. Serna, Pedro y Toller, Fernando, "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales", Buenos Aires, La Ley, 2000.

cada uno de ellos y determinar cual de los dos se está aplicando con exceso. De acuerdo a SERNA y TOLLER, para investigar el contenido esencial de un derecho se debe atender al bien jurídico protegido.⁴³ El derecho al trabajo o a trabajar se reconoce a fin de garantizar que los sujetos puedan ganar su sustento por medio del trabajo como bien jurídico protegido. Por su parte, la libertad sindical se concede o reconoce como forma de permitir que los trabajadores se agrupen en sindicatos y logren así mejores condiciones de trabajo.⁴⁴ Aplicar el derecho de afiliación en forma obligatoria so pena de impedir el acceso al trabajo implicaría desaplicar el derecho a trabajar en su contenido más esencial, ya que quien no se afilie o se desafilie estaría impedido de ejercer su derecho a trabajar. Esto implicaría violar la absolutéz de un derecho humano, razón por lo cual sería una aplicación inconstitucional de la libertad sindical.

Por otra parte, aplicar la libertad sindical en desmedro del derecho al trabajo implicaría perder de vista la finalidad de estos derechos. Como señala SARTHOU: “los sistemas deben servir al hombre, su libertad y su bienestar. El fin último del sindicalismo no es su propia promoción, sino su instrumentalidad para hacer mejor la condición humana”.⁴⁵

Podría pensarse que la afiliación obligatoria, aún colocada como condición de acceso al empleo, es justificable en términos de política laboral como forma de lograr niveles mayores de sindicalización (presuponiendo que tal fin es debido por mandato de alguna norma o al menos deseable en términos de fijación de política). Sin embargo, ese razonamiento pierde de vista que se están limitando derechos humanos fundamentales de los individuos como la libertad y el trabajo en forma instrumental para obtener fines *supra* individuales. Los derechos humanos son antes que nada individuales, concebidos para defender al sujeto frente al colectivo (en particular el Estado, pero también frente a los demás sujetos). Por ende, no es admisible considerar al individuo y sus derechos como medios en lugar de fines en sí mismos.

Más allá de lo señalado, entendemos que en nuestro derecho positivo la libertad sindical no puede catalogarse como un derecho-deber ya que no hay una sanción prevista para su no ejercicio, sino todo lo contrario. En efecto, veremos que las normas establecen expresamente que está prohibido obligar a un sujeto a afiliarse a un sindicato. No habiendo sanción ni norma imperativa de conducta no puede hablarse técnicamente de deber jurídico en términos de Kelsen.

En nuestra opinión, el Convenio 87 coloca al individuo en una situación de derecho subjetivo, más concretamente, un derecho subjetivo entendido como correlato de una obligación pasiva (en términos de NINO) o bien como titular de una libertad (en términos de HOLFELD). La idea central (objetivo y fin del Convenio 87) es que el sujeto está facultado a afiliarse sin que nadie pueda impedirlo, siempre que cumpla con los estatutos y la legalidad (art. 2 y art. 8).

En resumen, del análisis del sentido ordinario de los términos del Convenio 87 cabe concluir que la libertad sindical negativa se encuentra reconocida en forma indirecta al conferir el citado convenio un derecho y no una obligación o un derecho-deber.

b) Contexto

El segundo elemento a tomar en cuenta para la interpretación del Convenio es su contexto. A este respecto, pueden resultar de utilidad los fallos del Comité de Libertad Sindical de la OIT como “práctica ulterior”. Si bien técnicamente la OIT no es parte del Convenio, la práctica de organismos internacionales ha sido tomada en cuenta por los tribunales internacionales como medio interpretativo.⁴⁶ En este sentido, el Comité ha reconocido

43 Serna, Pedro y Toller, Fernando, ob. cit.

44 Villasmil Prieto enfatiza el carácter instrumental de la libertad sindical, a la cual llama “derecho bisagra” siguiendo la terminología de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres. “Ello explica el carácter instrumental de la libertad sindical, el cual se muestra de dos maneras: al tiempo que resulta una herramienta para crear el derecho –autonomía colectiva– lo es a su vez para defender otros”. Villasmil Prieto, Humberto, ob. cit. págs. 3 y 4.

45 Sarthou, Helios, “Rasgos ontológicos de la libertad sindical”, ob. cit. pág. 187.

46 Brownlie, Ian, “Public International Law”, Sexta edición, Inglaterra, Oxford University Press, 2003, pág. 605.

indirectamente la libertad sindical negativa al señalar que la misma no se opone a los Convenios 87 y 98, así como al tutelar el derecho de los trabajadores a desafiliarse de un sindicato.⁴⁷

c) Medios complementarios de interpretación

En tercer lugar, en cuanto a los medios complementarios de interpretación, vale recordar que en caso de persistir la duda interpretativa, puede recurrirse a los trabajos preparatorios del Convenio 87. Sin embargo, las Conferencias Internacionales del Trabajo preparatorias tanto del Convenio 87 como del Convenio 98 se cuidaron de aclarar que el convenio “no debería interpretarse en el sentido de que autoriza o prohíbe las cláusulas de seguridad sindical”.⁴⁸ Aún más, se dejó de lado una redacción que reconocía a texto expreso la libertad sindical negativa.⁴⁹ Teniendo presente estos antecedentes, el Comité de Libertad Sindical ha considerado que los Estados ratificantes tienen libertad de acción en materia de cláusulas de exclusión sindical (materia estrechamente vinculada con la libertad sindical negativa) por lo que dichos problemas deben ser resueltos por la legislación de cada país.⁵⁰ Como se verá a continuación, la restante legislación vigente en Uruguay reconoce la libertad sindical negativa de manera expresa y tácita.

d) Conclusión

En suma, de la interpretación del Convenio 87 cabe concluir que el mismo no instaura ni prohíbe la libertad sindical negativa, aunque puede sostenerse que la misma se deriva en forma indirecta, tal como lo ha señalado tradicionalmente la doctrina. En tanto el convenio confiere derechos y no obligaciones, se deduce naturalmente que el titular es libre de ejercer o no estos derechos.

Sin embargo, hemos visto como pueden existir los llamados derechos-deberes. Además, la propia O.I.T. se ha cuidado de señalar que el instrumento no puede interpretarse en el sentido de que prohíba las cláusulas sindicales, lo cual, si bien no es exactamente lo mismo que negar la libertad sindical negativa, constituye un elemento contrario a la interpretación tradicional. Por último, la propia O.I.T. ha expresado que tal determinación corresponde al orden jurídico interno de los estados.⁵¹ Por todo ello, la mera lectura del Convenio 87 puede ser insuficiente para concluir la existencia de la libertad sindical negativa. Exploremos, pues, otras argumentaciones por fuera del Convenio a fin de determinar si el orden jurídico nacional reconoce la libertad sindical negativa.

V.iii Coordinación del Convenio 87 con las restantes reglas aplicables

En el presente capítulo analizaremos las restantes reglas de Derecho aplicables a la materia a efectos de descifrar si la libertad sindical negativa está reconocida en nuestro ordenamiento. Adelantamos nuestra opinión afirmativa al respecto, y señalamos que la misma puede fundarse en los siguientes argumentos.

El *primer argumento* se sustenta en el reconocimiento a texto expreso de la libertad sindical negativa por parte de instrumentos internacionales, algunos de ellos internalizados por ley a nuestro ordenamiento. En particular, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Protocolo de San Salvador, incorporado

47 En particular, caso 335 (Perú), párrafo 425 y 427 citado por Villasmil Prieto, Humberto, “La Libertad Sindical: Historia y Fundamentos”, Oficina Internacional del Trabajo-OIT, Marzo de 2002, pág. 32. El texto resumido se encuentra disponible en “La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, quinta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, pág. 82, párrafo 367: “Basándose en la declaración de la Comisión de Relaciones de Trabajo de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1949, el Comité ha estimado que una legislación que establece el derecho a no sindicarse o a no permanecer en un sindicato no constituye en sí una violación de los Convenios núms. 87 y 98.” También ver párrafo 361: “En un caso en que los afiliados sindicales que deseaban darse de baja de su sindicato sólo podían hacerlo en presencia de un notario, quien debía verificar la identidad del interesado y certificar su firma, el Comité consideró que esta condición no constituiría en sí una infracción a los derechos sindicales, a condición de que se tratara de una formalidad que en la práctica pudiera cumplirse fácilmente y sin demora. Pero si una disposición de esa naturaleza pudiera en algunas circunstancias plantear dificultades prácticas a los trabajadores que desearan darse de baja de un sindicato, dicha disposición podría limitar el libre ejercicio de su derecho a afiliarse a organizaciones de su elección. Para evitar situaciones de esta índole, el Comité consideró que el gobierno debería examinar la posibilidad de prever otra forma de desafiliación que no entrañe ninguna dificultad de orden práctico o económico para los trabajadores interesados.”

48 Cfme. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit. pág. 133.

49 CIT, 30.a reunión, 1947, Actas de las sesiones, pág. 554.

50 “La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, ob. cit., pág. 82.

51 CIT, 32.a reunión, 1949, Actas de las sesiones, págs. 450 y 451

al ordenamiento nacional por la ley 16.519) en su artículo 8 dispone “3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.

Asimismo, la *Declaración Sociolaboral del MERCOSUR* dispone en su Artículo 9º: “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo. Se deberá garantizar: a) la libertad de afiliación, de no afiliación y de desafiliación, sin que ello comprometa el ingreso a un empleo o su continuidad en el mismo” (subrayado nuestro). La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR no ha sido internalizada por vía legal, por lo cual su aplicabilidad puede resultar discutible.⁵²

Sin embargo, la reciente ley 17.940 ha determinado que dicha Declaración cobre especial relevancia, al proteger la libertad sindical conforme a los literales a) y b) del artículo 9 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.⁵³ Al comentar el artículo, SARTHOU concluye directamente que “se consagra plenamente la libertad sindical negativa”, al haberse declarado nulos los actos discriminatorios y excluirse la legitimidad de las cláusulas sindicales.⁵⁴

Creemos que el mero examen de estas normas basta para afirmar que la libertad sindical negativa está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de ello, nos permitimos hacer referencia a otras posibles razones para sostener dicha conclusión.

Un *segundo argumento* puede fundarse en la regulación del derecho de asociación contenido en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* artículo Art. 20.2 “Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”. Este argumento nos remite al problema de distinguir la libertad sindical del derecho de asociación. Por ende, el valor de este argumento dependerá de la tesis a la que nos afiliemos respecto del vínculo entre derecho de asociación y libertad sindical.⁵⁵

Un *tercer argumento* se extrae de los límites que se han impuesto a los derechos sindicales, de acuerdo a los diversos instrumentos internacionales. Así, el citado *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador)* en su artículo 8.2 señala que los derechos sindicales están sujetos a las limitaciones y restricciones previstas por la ley “así como los derechos y libertades de los demás”. Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (internalizado por ley 13.751) señala que el derecho de asociación, el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos está sujeto a las restricciones previstas en la ley para proteger la seguridad, la salud, la moral o los derechos y libertades de los demás.

Estas restricciones, en particular las referentes a los derechos y libertades de terceros, demuestran que la libertad sindical no es ilimitada. Como señalan DELPIAZZO y ROBAINA, un Estado de Derecho se caracteriza

52 Ermida Uriarte, Oscar, “La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y su aplicabilidad judicial”, Revista “Pistas” N° 5, octubre 2001, publicación del Instituto del Mundo del Trabajo, disponible en www.mundodeltrabajo.org.ar; Según enseña ERMIDA, las disposiciones de un instrumento internacional pueden ser aplicables en virtud de varios fundamentos. En primer lugar, señala el autor, son aplicables en forma directa e inmediata las disposiciones “que reconocen o garantizan un derecho efectivo o proscriben una actitud”. Además de ese argumento, provee otros tres: “a) el recurso a los arts. 72 y 332 de la Constitución; b) la tesis de la superioridad del Derecho internacional y de la mayor jerarquía de las Declaraciones; y c) el reconocimiento de que los derechos humanos forman parte del *jus cogens*.”; Ver también Mansueti, Hugo Roberto, “La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR: su importancia jurídica y práctica”, Revista “Pistas” N° 7, abril 2002, publicación del Instituto del Mundo del Trabajo, disponible en www.mundodeltrabajo.org.ar.

53 En efecto, el mencionado artículo reza: Artículo 1º.- (Nulidad de los actos discriminatorios).- Declárase que, de conformidad con el artículo 57 de la Constitución de la República, con el artículo 1º del Convenio Internacional del Trabajo N° 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949) aprobado por la Ley N° 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y con los literales a) y b) del artículo 9º de la Declaración sociolaboral del MERCOSUR, es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo.

En especial, es absolutamente nula cualquier acción u omisión que tenga por objeto:

- A) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.
 - B) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.
- Las garantías prescritas en la presente disposición, también alcanzan a los trabajadores que efectúen actuaciones tendientes a la constitución de organizaciones sindicales, dentro o fuera de los lugares de trabajo. Subrayado agregado.

54 Sarthou, Helios, “A propósito de la nueva Ley Uruguaya de Protección Sindical”, IUSLabor 2/2006, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, disponible en línea: <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Uruguay.pdf>

55 Plá Rodríguez, en su “Curso de Derecho Laboral”, realiza una distinción entre la libertad de asociación y libertad sindical, reseñando las tres tesis expuestas por De la Cueva: 1. la libertad sindical es una aplicación general del derecho de asociación; 2. la libertad sindical es distinta del derecho de asociación; 3. son derechos distintos pero vinculados. Plá Rodríguez concluye que en Uruguay ha primado la tesis que distingue el derecho de asociación de la libertad sindical. (Plá Rodríguez, Américo “Curso de Derecho Laboral”, Tomo IV, Vol. I, Ediciones Idea, 1999, págs. 41 a 45).

no sólo por el respeto y la garantía a los derechos humanos, sino por el armónico relacionamiento de éstos.⁵⁶ Dentro de tales derechos se encuentran la propia libertad sindical de los terceros (en particular el derecho a no afiliarse a un sindicato para afiliarse a otro), la libertad en general, la libertad de trabajo, el derecho a trabajar, el derecho de igualdad y a la no discriminación, reconocidos en los artículos 7, 8, 10 y 36 de la Constitución.

Además del límite externo de los derechos ajenos, todo derecho subjetivo reconoce límites internos, de suerte que no deben ser ejercidos con exceso. Esto está reconocido por el artículo 1321 del Código Civil uruguayo, regulando el instituto del abuso de derecho.

VI. Conclusiones

1) El concepto de libertad sindical en el plano individual determina el derecho del sujeto a afiliarse (libertad sindical positiva), no afiliarse o desafiliarse de un sindicato (libertad sindical negativa). Los autores discrepan acerca de la existencia de la libertad sindical negativa por diversos motivos.

2) Es importante determinar la existencia o no de una libertad sindical negativa ya que su admisión sin reservas determina la ilicitud de las restricciones a la misma, sean éstas por medio de las llamadas cláusulas sindicales (entre las cuales se encuentra la obligación de afiliarse al sindicato como condición para acceder al empleo), actos del poder público o de los privados, como ser las listas negras.

3) La norma clave sobre libertad sindical -el Convenio Internacional de trabajo núm. 87 de la O.I.T.- no reconoce la libertad sindical negativa en forma expresa, quedando su regulación al orden jurídico interno de cada país, según lo ha expresado la organización. No obstante ello, coincidimos con la interpretación tradicional de la doctrina en decir que, al establecer el Convenio un derecho y no una obligación, el titular del mismo es libre de ejercerlo o no, quedando así contemplada la libertad sindical negativa.

4) Dejando de lado el Convenio 87, en Uruguay la libertad sindical negativa está protegida expresamente en el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Protocolo de San Salvador, ley 16.519), en la *Declaración Sociolaboral del MERCOSUR*, y en el ámbito del derecho de asociación, dentro de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Pacto de San José de Costa Rica*. Cabe destacar que la nueva ley 17.940, reconoce la libertad sindical de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, norma en la cual se recoge la libertad sindical negativa a texto expreso. Asimismo, esta libertad se deriva de la necesaria armonización con los demás derechos fundamentales como ser la libertad, la igualdad y el trabajo.

5) En conclusión, de la normativa relevada y el análisis realizado, se desprende que la libertad sindical negativa se encuentra actualmente reconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁶ Delpiazzo, Carlos, y Robaina Raggio, Andrés, "Estado de Derecho y Ocupaciones", Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año IV, N°9, pág. 9.