

COVID-19

Una Miscelánea de Gestión Pública

- **Política Criminal de la Covid-19**

Francisco Javier Álvarez García

p. 04

- **La actividad probatoria
en el Procedimiento
Administrativo
de la posnormalidad**

Richard James Martin Tirado

p. 31

- **La libertad sindical expresiva
en el servicio civil peruano**

Criterios de la Corte IDH y sus alcances
en las leyes N°s 30057 y 31188

Jorge Luis Cáceres Neyra

Frank Sanabria Iparraguirre

p. 67



Gestión Pública & Control

© **Gaceta Jurídica**
Octubre 2021

COVID-19. UNA MISCELÁNEA DE GESTIÓN PÚBLICA.
Reporte especial de Gestión Pública & Control

Juan Jiménez Mayor
Director General

Armando H. San Román Alva
Editor General

Especialistas Legales
Alexandra Vivanco Valenzuela
Eduardo Alessandro Vargas Guimet

Ricardo Zevallos Ramírez
Diseño y diagramación

Colaboradores:
Francisco Javier Álvarez García
Richard J. Martin Tirado
Jorge Luis Cáceres Neyra
Frank Sanabria Iparraguirre

Cierre de edición, octubre de 2021.

Autorizada su difusión masiva por medios electrónicos con el propósito de contribuir al mejor análisis y toma de decisiones en diversas materias jurídicas discutidas en tiempos de pandemia.

© **Gaceta Jurídica**

COVID-19

Una Miscelánea de Gestión Pública

Presentación

Reporte especial del staff de Gestión Pública & Control

En línea con la labor de *Gestión Pública & Control* de brindar información y soluciones para gestores de la Administración Pública, y en vista de los cambios profundos en la organización social y otros fenómenos sucedidos en la realidad social mundial que se han visto reflejados en la forma de conducción de los Estados, vemos necesario contribuir con los servidores y funcionarios públicos de nuestro país con insumos que puedan ser utilizados para reflexión y una mejor toma de decisiones en sus labores en el Estado en esta época que resulta, por momentos, confusa y de veloz transformación.

En esa línea, presentamos un aporte sobre diversas materias que fueron objeto de discusión durante el periodo de la pandemia por la *Covid-19*, especialmente en relación con la forma de conducción de la Administración Pública y de la actuación de servidores y funcionarios públicos. Estos aportes representan las reflexiones realizadas por destacados especialistas, tales como Francisco Javier Álvarez García, reconocido penalista español y catedrático de Derecho Penal, Richard Martin Tirado, miembro del Foro Iberoamericano de Profesores de Derecho Administrativo, Jorge Luis Cáceres Neyra, exsuperintendente de la Sunafil, y Frank Sanabria Iparraguirre, supervisor e inspector de trabajo de la Sunafil.

Los análisis presentados en el presente documento incluyen observaciones de los autores en torno a los siguientes ejes: i) Política criminal en tiempos de la pandemia causada por la Covid-19; ii) Los nuevos rumbos del procedimiento administrativo en relación con la actividad probatoria; iii) El ejercicio de la libertad sindical por servidores civiles.

En relación con la política criminal en tiempos de Covid, Francisco Álvarez García aborda distintas situaciones jurídicas sucedidas durante la reciente pandemia que han puesto en evidencia problemas jurídicos relacionados, entre otros, con la declaración del estado de alarma y la suspensión de derechos, el tratamiento de infracciones durante los tiempos de cuarentena y la responsabilidad de las autoridades en el caso de atención sanitaria de sectores de la población.

Por otro lado, Richard Martin Tirado analiza los efectos de la pandemia en la organización de la Administración Pública y plantea que estos cambios en la organización tendrán en el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de los procedimientos administrativos.

Finalmente, el sistema de recursos humanos y, específicamente, la regulación en torno a los servidores civiles, ha sufrido cambios normativos significativos durante la emergencia sanitaria, muestra de ello, fue la nueva Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Público. En tal sentido, Jorge Luis Cáceres Neyra y Frank Sanabria Iparraguirre, analizan la libertad sindical expresiva en el servicio civil peruano, recogiendo los principales criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la regulación por la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, y la propia Ley N° 31188 respecto a las manifestaciones y límites del derecho a la libertad sindical.

Desde *Gestión Pública & Control*, consideramos que este aporte constituirá una herramienta de vital importancia no solo para orientar el accionar de la Administración Pública en la emergencia sanitaria, sino también, permitirá mejorar el desarrollo del procedimiento administrativo y atender a los servidores públicos en el ejercicio a su derecho a la libertad sindical.

La libertad sindical expresiva en el servicio civil peruano

Criterios de la Corte IDH y sus alcances en las leyes N°s 30057 y 31188



Jorge Luis Cáceres Neyra

Abogado por la PUCP y profesor en la misma casa de estudios. Máster en Leyes por la Universidad de Minnesota. Máster en Prevención de Riesgos Laborales por la Universidad de Alcalá. Exsuperintendente de la SUNAFIL. Socio de CC & Asociados Firma Legal.



Frank Sanabria Iparraguirre

Economista por la PUCP. Estudiante de maestría en Ciencia Política con mención en Gestión Pública de la PUCP. Ex Auditor Tributario-SUNAT. Actual Supervisor-Inspector de Trabajo-SUNAFIL.

Resumen: Este artículo tiene por propósito reflexionar sobre los límites y criterios a seguir sobre la base de nuestro marco constitucional, legal, así como los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para evitar prácticas que vulneren el ejercicio a la libertad sindical de los servidores civiles, en particular los servidores civiles de carrera.

INTRODUCCIÓN

Nos preguntamos si la libertad de expresión de los dirigentes sindicales puede ser objeto de limitación o restricción, inclusive en casos en los que se cuestiona o critica la gestión de la entidad pública, como bien podría suceder a la fecha durante la pandemia. Para tal fin, revisamos la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, del Poder Judicial y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CONCEPTOS INICIALES: LA CIUDADANÍA LABORAL

Para Ermida (2006) la "Ciudadanía Laboral" es el "conjunto de derechos del trabajador, que procura garantizarle un estatus de cierta dignidad e igualdad en la sociedad capitalista moderna" y es la propia Constitución de los países la

El **establecimiento de límites** en el **ejercicio** de los **derechos fundamentales** entre **trabajador privado** y **servidor civil** serán atendible en tanto exista una **causa** de tal **magnitud** que la **justifique**.

que incorpora derechos sociales en “el elenco de los derechos humanos y establece la responsabilidad del Estado de garantizar su eficacia”; por ende, es el “ciudadano y la persona el titular de derechos políticos, civiles y sociales”. Bajo esta premisa, los derechos individuales (derechos a la dignidad, al honor, a la intimidad, a la libertad de pensamiento y de su expresión, a la libertad de culto, de reunión, etc.) no se cancelan ni caducan por el nombramiento o la designación en la función pública; el servidor público, como cualquier trabajador, se hace titular de los derechos específicos que se le reconocen como tales y, además, de aquellos que le corresponden como individuo.

El reconocimiento de la libertad de expresión de los integrantes de la función pública (funcionario, directivo y servidor) es reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuando indica que como toda persona, quienes ocupan la posición de funcionarios públicos en un Estado son titulares del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, el hecho de ostentar un cargo público les impone claras responsabilidades y deberes, que dan una serie de connotaciones específicas a la manera en que han de ejercer dicha libertad fundamental¹².

LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL SERVIDOR CIVIL A LA LUZ DE LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

La Ley N° 30057, publicada el 04 de julio de 2013, sin decirlo expresamente, se acoge a un modelo estatutario y no contractual para regular la prestación de los servicios personales, subordinados y remunerados entre una entidad pública y un servidor civil. A diferencia del trabajador común, el servidor público es investido de poderes y autoridad para ejercerla sobre administrados, quienes, por este acto, le reconocen autoridad. El ejercicio de la autoridad pública muchas veces, y lo señala la ley, importa subordinar el interés individual sobre el interés público (inciso b) del artículo 39° de la Ley N° 30057) es decir, ponderar su vocación de servicio a la comunidad. En este sentido, el establecimiento de límites o diferencias en el ejercicio de los derechos fundamentales entre un trabajador privado y un servidor civil únicamente serían atendibles en tanto exista una causa de tal magnitud que justifique tal diferencia; si no fuese así, nos encontraríamos ante un eventual supuesto de discriminación, de violación al principio de igualdad ante la ley³.

En otras palabras, en el particular caso del servidor civil de carrera, el ejercicio de sus libertades no debe colisionar con la protección del interés general. En este sentido, las obligaciones del servidor civil prescritas en el artículo 39° de la Ley N° 30057 deben ser interpretadas en razón a esta obligación. Sin embargo, las mismas no significan que automáticamente restrinjan, en función a esta

1 Ver sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en: Caso Urrutia Laubreaux vs Chile, fundamento N° 75 al N° 93. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_409_esp.pdf

2 Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010) Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión Recuperado de: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html

3 Rodríguez Piñero señala que el principio de igualdad impide un desigual tratamiento de situaciones jurídicas en sustancia iguales. Citando a la Corte Constitucional Italiana, precisa que “el principio de igualdad es violado, también cuando la ley, sin un motivo razonable, haga un tratamiento diverso de ciudadanos que se encuentren en una situación igual (1979, p. 390).

El ejercicio de las libertades del servidor civil no debe colisionar con la protección del interés general.

disposición, el ejercicio de las libertades fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión.

Esta suerte de modelo regulatorio, promotor y limitador basado en criterios de alineamiento del ejercicio de los derechos fundamentales con la protección de la Administración Pública (coadyuvar la mejora continuar del servicio o no afectar el funcionamiento eficiente del mismo) establecidos en el artículo 41° de la Ley N° 30057 han sido derogados por la Ley N° 31188, Ley de negociación colectiva en el sector estatal (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de mayo del 2021). De forma tal que, interpretaciones normativas de ponderar el ejercicio, por ejemplo, del derecho a la libertad sindical, únicamente podrán ser realizadas en sede de ponderación de derechos constitucionales, como es el caso de la libertad de expresión.

Bajo esta premisa, no hay duda, la necesidad de construir criterios para delimitar el ejercicio de la libertad de expresión por parte del trabajador y sus dirigentes sindicales, pero ya no sobre bases legales, como bien fue el caso del derogado artículo 41 de la Ley N° 30057, sino sobre fuentes de rango constitucional, como son el caso de las resoluciones del Tribunal Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En esta nota nos enfocaremos a identificar estos criterios de naturaleza jurisprudencial con la mira de contar con una suerte de test para verificar el contenido de la denominada libertad sindical expresiva.

1. El ejercicio de la libertad sindical por el servidor civil

El ejercicio de la libertad sindical se encuentra garantizado no solo por nuestra Constitución Política, como derecho fundamental, sino inclusive por el Convenio OIT 151, el cual establece que los Estados deben otorgar facilidades a los representantes de las organizaciones sindicales, para el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, bajo la premisa de que no perjudiquen el funcionamiento de la Administración. Ermida (2012) puntualiza que la libertad sindical no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un prerrequisito o condición de posesión y ejercicio de otros derechos (p.36).

En este contexto, el artículo 9 del Convenio OIT 151 reconoce el derecho de los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, a gozar de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, como es el caso del derecho a la libertad de expresión (Ermida, 2012, p. 36).

1.1. La Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil

La Ley del Servicio Civil a la par que estableció el modelo meritocrático para el ingreso, ascenso y gestión de la Administración Pública, reguló en sede legal los derechos laborales del servidor público, bajo el entendido de garantizar los derechos colectivos del trabajador constitucionalmente protegidos. En efecto, el artículo 40 de la Ley reconoce estos derechos; sin embargo, estableció limitaciones para el caso de los funcionarios públicos directivos y servidores de confianza, así como para el ejercicio de la negociación colectiva, que en su

momento fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional⁴.

Bajo este marco legal los derechos colectivos del servidor público, se aplican principalmente a los servidores civiles de carrera, esto es, a aquellos que realizan funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna en una entidad, así como los servidores de actividades complementarias.

La única limitación que establecía la Ley N° 30057 al ejercicio de la libertad sindical, al igual que el Convenio OIT 151, es la prohibición de no afectar el funcionamiento eficiente de la entidad o la prestación del servicio, ello en el contexto que es legítimo el ejercicio del derecho de huelga (artículo 45.2 de la Ley N° 30057).

En consecuencia, el ejercicio de la libertad de expresión por la organización sindical dentro del contexto del conflicto laboral podría ser ejercido, inclusive, de forma crítica o agravante en relación con la gestión de la entidad pública.

1.2. La Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el sector estatal

Estas limitaciones fueron derogadas por la Ley N° 31188 publicada en el diario oficial *El Peruano* el pasado 2 de mayo del 2021. Y no solo ello, la acotada norma derogó los artículos 40, 41, 42, 43, 44 y 45 de la Ley N° 30057. Estas normas no solo establecieron reglas sobre la negociación colectiva sino sobre libertad sindical y huelga, bajo premisas que su ejercicio debe coadyuvar la mejora continua del servicio público y no afectar el funcionamiento eficiente de la Administración Pública (artículo 41°), como límites al ejercicio de este derecho de naturaleza constitucional. Sin embargo, de igual forma, la Ley N° 30057 sí estableció un deber de abstención de la autoridad para promover actos que limiten la constitución de organizaciones sindicales o el ejercicio eficiente del derecho de sindicación (artículo 41°).

Esta suerte de criterios limitativos como protectores establecidos por la Ley N° 30057 son derogados por la Ley N° 31188 (Disposición Complementaria Derogatoria Única), siendo sustituidos por un modelo protector amplio de los derechos a la libertad sindical y huelga, esto es, remitir a un ejercicio basado en el mandato constitucional del artículo 28° sin ninguna precisión o regulación infraconstitucional que pudiera limitar dicho ejercicio.

Esta forma de ejercicio absoluto de la libertad sindical por parte del trabajador público sin las limitaciones de justificación de su actuar basado en conceptos, como coadyuvar a la mejora continua del servicio público o no afectar el funcionamiento eficiente de la Administración Pública, revelan una suerte de colisión con los intereses del empleador para proteger la actividad pública en supuestos que la misma sea afectada por el ejercicio de los derechos colectivos del trabajador público.

En un escenario como el antes planteado, el Estado, de pronto, sin los poderes propios de su posición de *ius imperium* como protector de los intereses generales, inclusive frente a los intereses de sus trabajadores, deberá conducir su actividad ordenadora, directiva y disciplinaria bajo una interpretación amplia en



El **ejercicio** de la **libertad sindical** se encuentra **garantizado** no solo por nuestra **Constitución Política**, sino inclusive por el **Convenio OIT 151**.

⁴ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, expedientes N°s 0025-2013-PI-TC; 0003-2014-PI-TC; 0008-2014-PI-TC; 0017-2014-PI-TC

el ejercicio de los derechos constitucionales en materia colectiva, en particular, en nuestro caso, el derecho a la libertad sindical y, precisamente, el derecho a la libertad sindical expresiva.

2. El ejercicio de la libertad de expresión por el servidor civil y la tensión entre el deber de lealtad y obediencia ante la jerarquía institucional

Nos preguntamos si, acaso, el ejercicio de la libertad de expresión resultaría violatorio del deber de lealtad y diligencia que debe el servidor civil al servicio público (artículo 39 inciso a) de la Ley N° 30057). Al respecto, el numeral 6 del artículo 6 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública establece como principios de actuación del servidor civil: la lealtad y obediencia, entendidos como el actuar con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas. Más aún, el numeral 8 del acotado artículo dispone en el particular caso del funcionario público, que este debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho.

El principio de lealtad y obediencia, de acuerdo con la guía de Principios, Deberes y Prohibiciones Éticas en la Función Pública para funcionarios y servidores del Estado, publicado por la Presidencia del Consejo de Ministros en el 2016, establece como obligación la solidaridad hacia todo el personal de su institución, entendida como la colaboración y predisposición para apoyarse mutuamente en el desarrollo de las funciones, pero no significa practicar un mal espíritu de cuerpo para silenciar prácticas indebidas del personal, incumplimiento de gestión, mal trato al público usuario, entre otras.

El deber de lealtad, consideramos, es un contrapeso al deber de obediencia, en tanto la sujeción del servidor público a los órdenes, al jefe o funcionario no puede ser ejercido de manera indiferente respecto a los valores que implica la orden recibida. En efecto, como bien señala el Tribunal Constitucional, el servicio a la nación se realiza sujeto “a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública” (STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC, fundamento 14⁵). Más aún, el servidor público debe ser preservado de la injerencia política a fin de garantizar el normal desempeño de la función pública, con sujeción a la Constitución y a los valores determinados de ella (STC Exp. N° 0025-2013-PI/TC, fundamento 80⁶).

LAS MANIFESTACIONES TÍPICAS EN LA ACTIVIDAD SINDICAL Y EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO LABORAL

La vocación de servicio y el deber de obediencia no limitan la libertad sindical, la misma que comporta la facultad de los sindicatos para establecer las reglas en su administración interna, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses en particular, en un contexto de conflictividad laboral. El artículo 3.1 del Convenio 87 de la OIT (ratificado mediante Resolución Legislativa N° 13281 de 1959), sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, señala que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades, y de formular su programa de acción.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional peruano en el caso Baylón Flores (STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC, fundamento 10⁷) y el caso Sindicato de

5 Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.pdf>

6 Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00025-2013-AI%2000003-2014-AI%2000008-2014-AI%2000017-2014-AI.pdf>

7 Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00206-2005-AA.pdf>



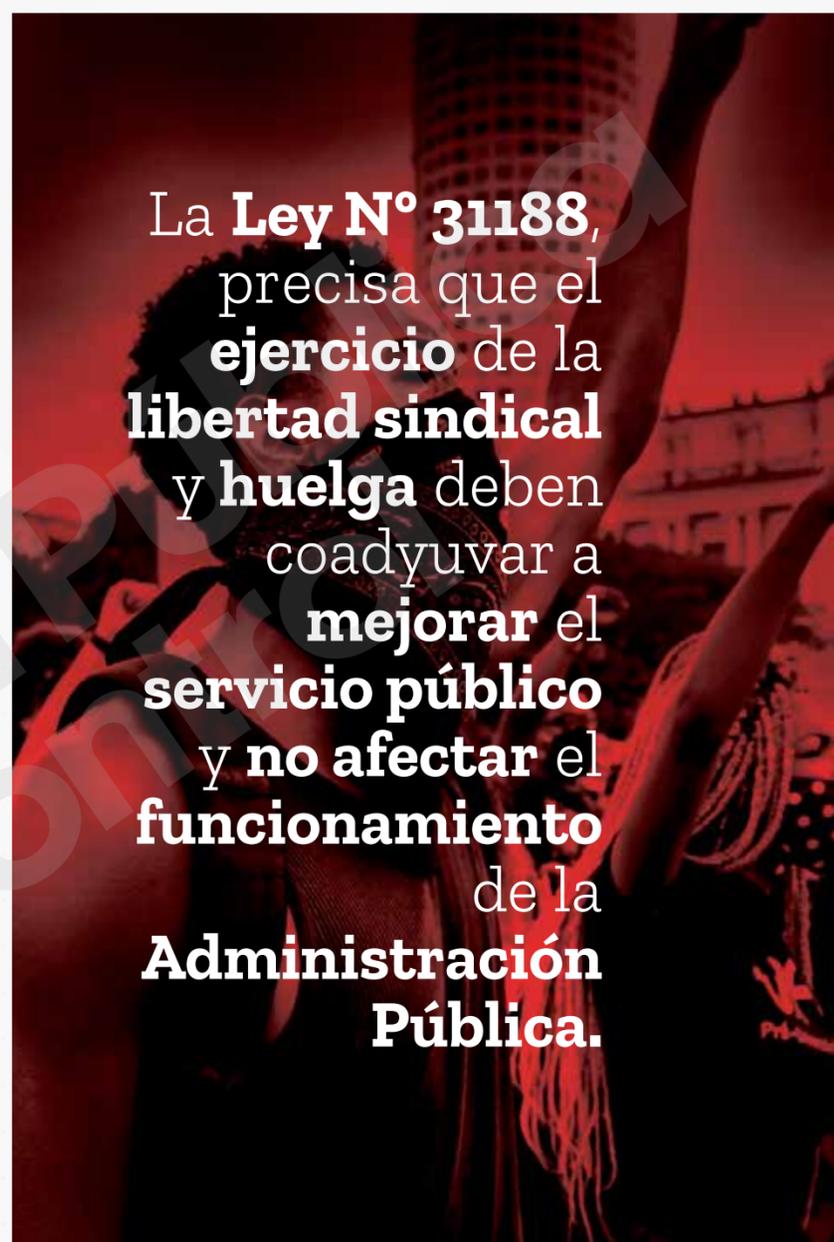
Los **derechos colectivos** del **servidor público**, se aplican principalmente a **servidores civiles de carrera**, esto es, aquellos que realizan **funciones vinculadas** al cumplimiento de las **funciones sustantivas**.

Trabajadores Mineros de Atacocha (STC Exp. N° 3311-2005-PA/TC, fundamento 6⁸), precisa que **el ejercicio de la libertad sindical también comprende al ejercicio de la actividad sindical**⁹ (derechos de actividad o medios de acción) para que la organización sindical cumpla con los objetivos de desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. En ese sentido, el ejercicio de la actividad sindical consiste en la participación de acciones de defensa de los intereses de los trabajadores, a fin de lograr los objetivos legítimos que tienen los sindicatos desde su conformación y que la Constitución protege y, además, el uso de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información como instrumento de acción sindical que forma parte de su programa de reivindicación laboral y sindical. En efecto, el derecho a la actividad sindical constituye uno de los contenidos de la libertad sindical, e incluye la comunicación de opiniones y críticas por parte de los sindicatos y sus afiliados, relativas al ámbito de su actuación y la defensa de los trabajadores. Así, los miembros de un sindicato deben ser capaces de expresar a su empleador las peticiones por las cuales se pretende mejorar la situación de los trabajadores en la entidad pública, pues un sindicato que no tiene la posibilidad de expresar sus ideas libremente en este sentido estaría, de hecho, privado de un medio esencial de acción, de modo que la libertad de expresión es condición *sine qua non* para que los sindicatos puedan desarrollarse.

En este contexto, resulta útil recurrir a la noción de **libertad sindical expresiva** desarrollada por el Tribunal Constitucional español¹⁰, la cual se refiere a la **posibilidad de informar y difundir ideas y opiniones en el ámbito laboral**, pudiendo expresar sus intereses y derechos promoviendo la libertad sindical a través de cualquier medio escrito, simbólico, convencional o no convencional.

Consideramos que se trata de un derecho de doble dimensión. De un lado, **el sindicato tiene el derecho a expresarse y transmitir opiniones**; de otro lado, **los trabajadores tienen el derecho a recibir la información**. Asimismo, es un instrumento del ejercicio de la función representativa, en tanto la actividad sindical- dirigida a la defensa de los intereses de los trabajadores mediante la transmisión y difusión libre de ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones- es el ejercicio legítimo de la libertad de expresión en el desarrollo de la acción sindical, e incluso comprende la crítica de la conducta del otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige.

La Organización Internacional del Trabajo en la Resolución de 1970 sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles¹¹ reconoce que “el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen las libertades civiles” y detalla las siguientes libertades con un contenido “esencial” para el ejercicio normal de los derechos sindicales:



8 Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03311-2005-AA.pdf>

9 Caso Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Paucarpata. (STC Exp. N° 1469-2002-AA/TC). Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01469-2002-AA.html>

10 Se puede revisar la sentencia 127/2018 de 26 de noviembre. Recuperado de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25804>

11 Recuperado de http://white.lim.ilo.org/qvilis_world/spanish/infobd/L_anexoiii.html

La **vocación de servicio** y el **deber de obediencia** no limitan la **libertad sindical**.

- a. El derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y a la protección contra la detención y la prisión arbitrarias;
- b. La libertad de opinión y de expresión y, en particular, de sostener opiniones sin ser molestado y de investigar y recibir información y opiniones, y difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión;
- c. El derecho a la reunión;
- d. El derecho a proceso regular por tribunales independientes e imparciales;
- e. El derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones

sindicales.

La libertad sindical expresiva forma parte de los planes y programas de acción como estrategia de confrontación entre las partes en un contexto de conflicto laboral. Las formas habituales de manifestar las actividades y programas de acción y participación de acciones de confrontación en defensa de los intereses de los trabajadores son:

- Denuncia: es una de las formas de hacer uso del derecho a la libertad sindical expresiva en medios de prensa, como por ejemplo: denuncia de represalias, malos manejos económicos o burocráticos, incumplimientos normativos, etc.
- Críticas: las críticas verbales o escritas a la gestión pública deben ser soportadas por las autoridades por agrias que sean. Ellas son parte del debate público en medios de prensa.
- Protestas y movilizaciones pacíficas: son una forma de hacer efectivo el derecho fundamental a la protesta como mecanismo de expresión y reivindicación. Es un derecho que asiste al sindicato que mantiene una posición crítica frente a sus autoridades laborales (STC Exp. N° 0009-2018-PI/TC¹²). Por otro lado, se conjuga con el derecho de reunión, para “protestar por un hacer o no hacer de su empleador o empleadores” (STC Exp. N° 4677-2004-PA/TC¹³).
- Presentación de memoriales a entidades públicas: en aplicación del derecho fundamental a la petición, el mismo que “se constituye así en un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos” (STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC¹⁴).
- Distribución de información por diferentes medios: implica el uso de pancartas, volantes, periódico mural para hacer notar las actividades sindicales.
- Uso de distintivos: la manipulación de banderolas con logotipos de la entidad a efecto de diferenciarse y vincular las actividades sindicales con una entidad pública en particular.
- Solicitud de información laboral de autoridades de la entidad: se solicita en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública (STC Exp. N° 1797-2002-HD/TC¹⁵).
- Expresiones artísticas: se incluye representaciones teatrales, caricaturas de las altas autoridades, himnos, marchas musicales.

¹² Caso Colegio de Abogados de Puno, fundamento 73 (STC Exp. N° 009-2018-PI/TC). Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00009-2018-AI.pdf>

¹³ Caso Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP). Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.pdf>

¹⁴ Caso Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01042-2002-AA.pdf>

¹⁵ Caso Wilo Rodríguez Gutiérrez. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.html>



El **ejercicio** de la **libertad sindical** también **comprende** al **ejercicio** de la **actividad sindical**.

- Otras: en este rubro hay situaciones extremas desde el lavado de banderas peruanas hasta trabajadores encadenados con el propósito de llamar la atención a las autoridades de la entidad sobre las reivindicaciones y sus soluciones.

Todas estas prácticas evidencian el rol de las organizaciones de trabajadores en el ejercicio de la ciudadanía laboral, representando a todos sus afiliados (“ciudadanos”) que forman parte de una relación laboral. El rol de la organización sindical es velar por el ejercicio de los derechos de sus afiliados en busca de beneficios colectivos para alcanzar la seguridad laboral en todos sus ámbitos.

En consecuencia, estas diferentes y diversas manifestaciones de estrategia comunicativa de la libertad sindical expresiva forman parte del haz de actividades sindicales que pueden ser establecidas en su plataforma estratégica de confrontación, las mismas que son en muchos casos objeto de prácticas antisindicales, en tanto las mismas representan formas de persuasión y de presión características de las acciones sindicales, y no encuentran óbice en los principios de vocación de servicio ni en el deber de lealtad y obediencia.

PRÁCTICAS ANTISINDICALES QUE VULNERAN EL EJERCICIO A LA LIBERTAD SINDICAL EXPRESIVA

Se debe entender como prácticas antisindicales y desleales cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1125-2012-PA/TC, las prácticas antisindicales del empleador afectan tanto la “capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical”, como la “la libertad sindical *intuitio persona*”¹⁶.

En efecto, constituye práctica antisindical toda acción u omisión que atente contra el ejercicio de la actividad sindical, así como a la injerencia del empleador público o privado en la vida interna de la organización gremial que impide a este organizar sus actividades y cumplir los programas de acción que se fijen. El Tribunal Constitucional peruano distingue dos formas de prácticas proscritas:

- Discriminación Antisindical¹⁷: el ejercicio de la actividad sindical no debe ser sometido a ningún acto de represión como, por ejemplo, despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación o representación sindical, o participación en una actividad sindical. En efecto, se prohíbe y queda vedado cualquier trato discriminatorio e irracional que afecte el derecho a la sindicalización como derecho fundamental de la persona humana. Esta definición de práctica antisindical se recoge en la

¹⁶ Caso Zapata. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01125-2012-AA.pdf>

¹⁷ Caso Eddy Cuadros. STC Exp. N° 01139-2007-PA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01139-2007-AA.pdf>

sentencia Baylón Flores¹⁸ y en la sentencia Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha¹⁹.

- Injerencia Sindical²⁰: intromisión del empleador en los asuntos de la organización sindical. La libertad sindical protege la autonomía sindical, a fin de que el sindicato funcione libremente, sin injerencia o actos externos que lo afecten. Cabe precisar que esta autonomía sindical es la facultad que tiene la organización sindical para crear su propio derecho interno- estatutos, organización, plan de acción. Esto fue considerado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias en el caso Baylón Flores²¹ y el caso Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha²².

MANIFESTACIONES DE LAS PRÁCTICAS ANTISINDICALES CONTRA LA LIBERTAD SINDICAL EXPRESIVA

1. Aplicación del Reglamento Interno de Trabajo

Este tipo de prácticas antisindicales pretenden colocar el Reglamento Interno de Trabajo como fuente de obligaciones para el trabajador, limitando el ejercicio de la libertad sindical consagrada en los Convenios 87 y 98 de la OIT.

No obstante, no debemos olvidar que los Reglamentos Internos de Trabajo estipulan reglas y establecen deberes que emanan del cumplimiento de las prestaciones del trabajador derivados del contrato de trabajo; es decir, son parte de las relaciones individuales de trabajo que tienen por propósito ordenar la actividad y disciplina en el centro de trabajo.

La prescripción de prohibiciones al ejercicio de la libertad sindical expresiva, bajo la premisa de mantener un orden ideal en el centro de trabajo evitando posibles conductas lesivas al empleador propias del conflicto sindical, pone en manos de una de las partes del conflicto, el poder de contar con una ventaja en el ejercicio de todos los atributos que confiere el marco constitucional y legal a las partes para alcanzar sus legítimos intereses dentro de la dinámica de las relaciones labores colectivas.

Las actividades o prácticas sindicales conformantes de la libertad sindical expresiva forman parte del elenco de las relaciones colectivas de trabajo, su regulación fuera del espacio de negociación, como bien sería la aplicación sancionadora de un reglamento interno de trabajo originado para ordenar relaciones individuales de trabajo y no colectivas, resulta más que peligrosa. Las relaciones colectivas, tengamos presente, se caracterizan por un nivel de conflicto y beligerancia propios del antagonismo de las posiciones tanto del empleador como de la organización sindical²³.

En resumen, al existir un contexto de conflicto, y habiendo estrategias de confrontación entre las partes, el hecho de restringir el derecho a la libertad sindical expresiva- herramienta fundamental y esencial del gremio sindical- con la aplicación sancionadora de un Reglamento Interno de Trabajo, es darle al empleador una ventaja inconstitucional y desproporcionada, que vulnera los derechos de la libertad sindical expresiva.

18 STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00206-2005-AA.pdf>

19 STC Exp. N° 3311-2005-PA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03311-2005-AA.pdf>

20 Caso Baylón Flores (STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC). Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00206-2005-AA.pdf>

21 STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00206-2005-AA.pdf>

22 STC Exp. N° 3311-2005-PA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03311-2005-AA.pdf>

23 Baylos Grau (2013) sostiene que la organización sindical no circunscribe su acción solo a la negociación del salario, el tiempo de trabajo y las condiciones de la prestación, sino igualmente su capacidad de interlocución con el poder público, a través de los mecanismos de concertación o de diálogo social, accediendo inclusive a bienes sociales relevantes.



La **libertad sindical expresiva** refiere a la posibilidad de **informar y difundir ideas y opiniones** en el **ámbito laboral**.

2. Generar tensión con los derechos inespecíficos

Otra forma de práctica antisindical es generar la tensión entre dos derechos fundamentales: libertad de expresión vs honor, imagen (denuncias penales/ despidos), sin mayores agravios o insultos ni contenido injurioso (Casación Laboral N° 10984 – 2014 LIMA NORTE).

3. Uso y abuso de la buena fe laboral

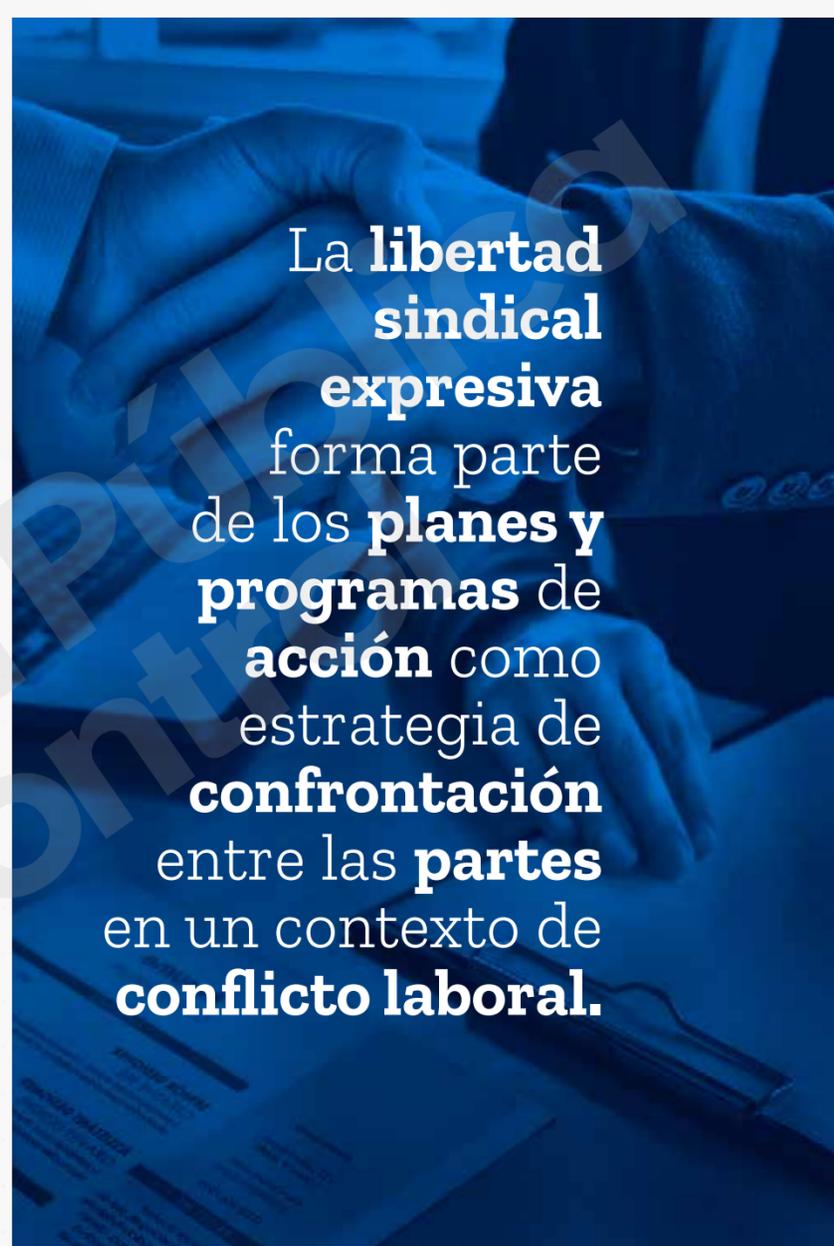
El concepto de “buena fe laboral” se vincula a las obligaciones específicas de la función o puesto que desempeña el trabajador (Casación Laboral N° 20428 – 2016 LIMA). Esta mala práctica usa el concepto de “buena fe laboral” propio de las relaciones individuales de trabajo para sancionar la labor sindical. Este sería el caso en que al dirigente sindical lo acusan de tramitar actas con firmas falsas; no obstante, dicha obligación es de carácter laboral y emana del contrato de trabajo.

LÍMITES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL EXPRESIVA

Como todo derecho relacional²⁴, el contenido de la libertad sindical se interpreta en atención tanto al emisor como al receptor de los mensajes (ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, críticas, denuncias). Ello igualmente ocurre en el caso de los servidores públicos que pueden estar emitiendo mensajes o siendo receptores de los mismos.

La libertad de expresión de los servidores públicos en su calidad de autoridades emisoras de mensajes en un contexto de conflicto, consideramos que tienen como límites:

- Abstenerse de realizar manifestaciones infundadas que comprometan derechos al debido proceso, la honra, la intimidad o el buen nombre vinculado a la honestidad, laboriosidad y veracidad de los servidores en su calidad de receptores de mensajes.
- Las informaciones, declaraciones, expresiones, imputaciones o denuncias efectuadas de buena fe en ejercicio de sus funciones no pueden ser consideradas *per se* vulneradoras de la honra o buen nombre de los servidores receptores de los mensajes, si se emiten con veracidad e imparcialidad.
- Informar oportunamente a los superiores jerárquicos de cualquier circunstancia que ponga en riesgo o afecte el logro de los objetivos institucionales o la actuación de la entidad.



La **libertad sindical expresiva** forma parte de los **planes y programas de acción** como estrategia de **confrontación** entre las **partes** en un contexto de **conflicto laboral**.

²⁴ El Tribunal Constitucional utiliza el término “derecho relacional”, como aquel que relaciona a dos derechos que en su ejercicio pueden ser antagónicos y eventualmente sujetos a una evaluación a fin de determinar el alcance de su ejercicio, como es el caso de los derechos al honor y a la información, donde el derecho a la rectificación, se entiende como derecho relacional, en tanto permite resolver la tensión existente en el ejercicio de estos dos derechos (STC Exp. N° 3362-2004-AA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03362-2004-AA.pdf>)



Las **críticas** (verbales o escritas) a la **gestión pública** deben ser **soportadas** por las **autoridades** por agrias que sean.

- Centrarse en suministrar información sobre su gestión y sobre temas de interés general, relacionados con sus funciones constitucionales y legales.
- Fijar la posición oficial de la entidad frente a los asuntos de su competencia.
- Defender su gestión ante las críticas.
- No comprometer el funcionamiento de la entidad.
- Razonabilidad de la opinión
- Respeto de los derechos fundamentales de la Audiencia.

Por su parte, la libertad de expresión de los servidores públicos en su calidad de receptores-emisores de mensajes en un contexto de conflicto, consideramos que tienen como límites permisibles:

- Soportar y tolerar el escrutinio público y las críticas.
- Intolerancia a los insultos, injurias y vejaciones.

EL EJERCICIO A LA LIBERTAD SINDICAL EXPRESIVA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

1. Límites de la libertad de expresión de los servidores públicos como emisores de ideas, opiniones y pensamientos

Los límites al ejercicio de la libertad de expresión de los servidores públicos como emisor o sujeto activo dependerán, por un lado, del tipo de servidor de que se trate, por otro, de si la actuación tiene lugar en calidad de ciudadano o de servidor y si la misma pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores y compromete el buen funcionamiento del servicio. Ni las críticas o protestas involucran expresiones vejatorias o insultantes, en tanto que ni todos los funcionarios cumplen los mismos servicios, ni todos los cuerpos de funcionarios poseen un mismo grado de jerarquización ni de disciplina interna.

En la jurisprudencia peruana se pondera si el mensaje se limita a la esfera pública, se encuentra fuera de la esfera íntima de los servidores públicos, evita frases injuriosas y pondera el interés público del mensaje y el rol de los servidores públicos.

a. La neutralidad, prudencia, imparcialidad e independencia como límite a la libertad de expresión



El rol de la organización sindical es velar por el ejercicio de los derechos de sus afiliados en busca de beneficios colectivos para alcanzar la seguridad laboral.

En la STC Exp. N° 2465-2004-AA/TC²⁵, en el caso de los magistrados del Poder Judicial, si bien se reconoce el ejercicio constitucional de la libertad de expresión, también se establecen los límites legales y constitucionales a la libertad de expresión de los jueces, en el marco de la observancia de los deberes judiciales y de la independencia e imparcialidad que la función de magistrado requiere.

El Tribunal Constitucional resalta la distinción entre el rol de ciudadano y de funcionario público cuando señala: “[...] para este Tribunal, la neutralidad y la prudencia constituyen parte de los estándares mínimos que demuestran frente a la sociedad la imparcialidad e independencia de

los jueces en las causas que le toca resolver. Ello, por cuanto el rol de un juez no es el de representar políticamente a la sociedad y hacer las críticas en su nombre, y por lo mismo, tampoco puede emitir libremente opiniones, como lo haría cualquier ciudadano común” [fundamento 21].

b. Las denuncias y críticas no deben comprometer los intereses públicos de la entidad pública

Por su parte, en la STC Exp. N° 0866-2000-AA/TC²⁶ se verifica un criterio disímil en tanto se flexibiliza la aplicación de una norma legal. El inciso d) del artículo 23° del Decreto Legislativo N° 276, así como el artículo 138° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, prohíben el ejercicio de la libertad de expresión sin la autorización previa de los superiores.

La entidad pública justifica la sanción impuesta bajo el argumento de que el servidor público ejerció las libertades de información y expresión pese a estar prohibido de hacerlo (inciso d), artículo 23° del Decreto Legislativo N° 276 y artículo 138° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM). En este caso para el Tribunal Constitucional no solo se afectó el derecho de informar del servidor público, sino, a la vez, el derecho del pueblo a ser informado sobre cómo se manejan sus instituciones (interés público).

En efecto, el ejercicio de la libertad de expresión de un servidor público no puede “comprometer los intereses públicos a los que sirve” la institución pública. Concluye que, de las opiniones, información y declaraciones, “se aprecia que lo informado por el actor no pone en riesgo el normal cumplimiento de las funciones de la empleada y/o el correcto ejercicio de sus potestades. Asimismo, tampoco compromete el principio de jerarquía ni afecta el necesario respeto que se debe guardar a sus compañeros de trabajo y, en particular, a sus superiores” [fundamento 6].

Resalta que el servidor público se limitó a exponer las razones de la ilegal evaluación del personal de salud a una evaluación de personal, así como a declarar sobre las represalias contra el Secretario General del Sindicato, la realización de una próxima asamblea del Sindicato, denuncias sobre malos manejos económicos, el cuestionamiento del nombramiento de una funcionaria pública en la Dirección de la Subregión, las irregularidades que se habrían cometido en una inspección de trabajo, así como el incumplimiento de ciertas resoluciones administrativas (ausencia de frases injuriosas y mensaje fuera del ámbito privado).

²⁵ Caso Jorge Barreto Herrera. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02465-2004-AA.html>
²⁶ Caso Mario Machaca Mestas. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00866-2000-AA.pdf>

El Tribunal Constitucional considera que la entidad pública debió analizar la relación entre el contenido de los hechos noticiosos difundidos y los intereses públicos comprometidos, pues solo está prohibido difundir a la opinión pública aquellas actividades que pongan en riesgo el cumplimiento constitucionalmente adecuado de las funciones de la Administración, así como los principios que informan la relación de trabajo entre empleador y empleado.

Según el criterio del Tribunal Constitucional, las restricciones previstas en el inciso d), del artículo 23° del Decreto Legislativo N° 276 y el artículo 138° de su Reglamento, no pueden interpretarse en el sentido de que los trabajadores en general o uno de ellos, en particular, puedan ser silenciados en el reclamo de sus derechos (individuales o colectivos) o en la denuncia sobre lo que, a juicio de ellos, constituyen malos manejos administrativos.

2. Límites de la libertad de expresión de los servidores públicos como receptores de ideas, opiniones y pensamientos

En la STC Exp. N° 03079-2014-PA/TC²⁷ se señaló que los funcionarios y servidores públicos, así como el Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito de Lambayeque sobre el cual versaba el caso, “están más expuestos al escrutinio y a la crítica que las demás personas. Este diferente umbral de protección de explica porque éstos se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y, en todo caso, ello no se asienta en la calidad del sujeto en sí, sino en el interés público de las actividades que realiza” [fundamento 60].

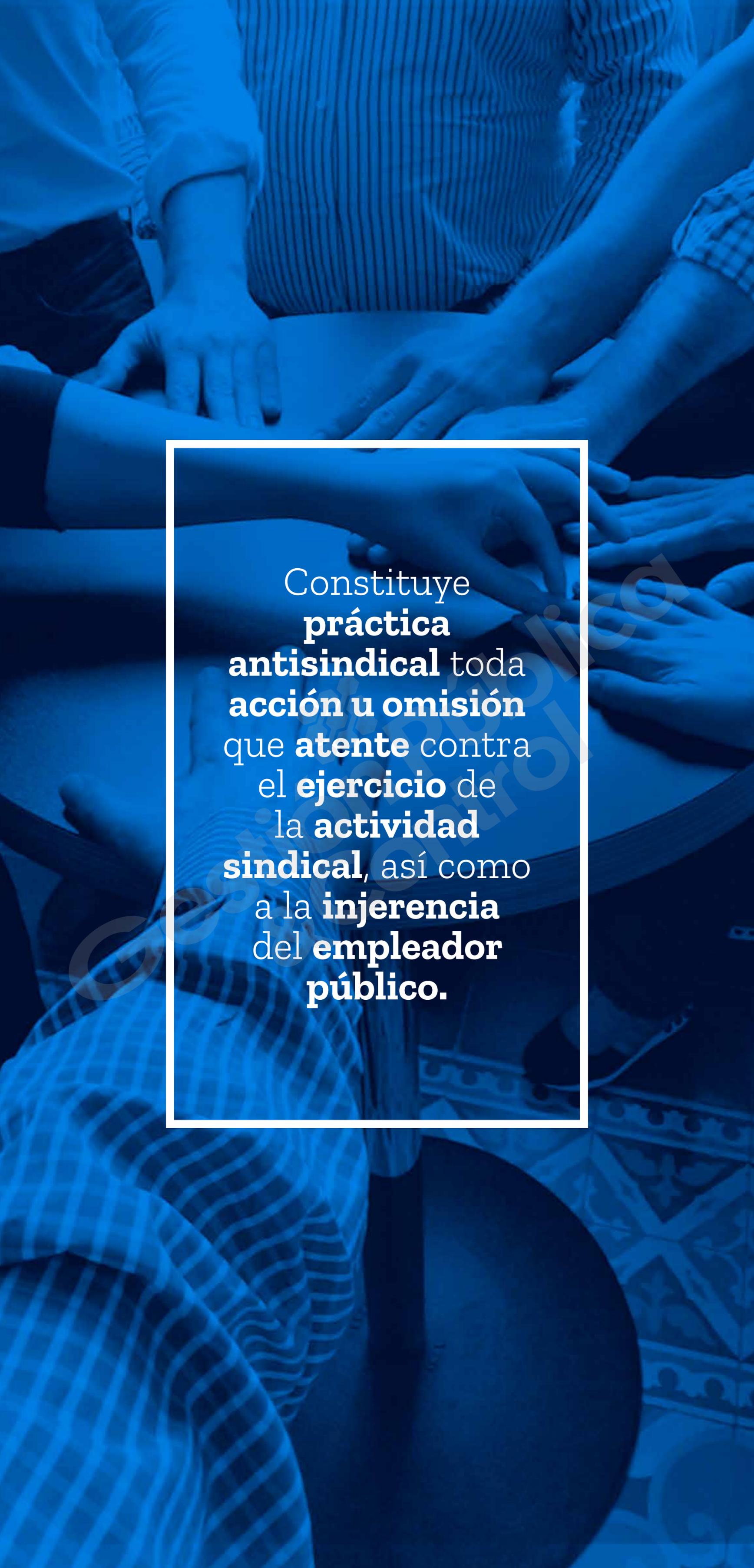
Por el contrario, el funcionario público debe aceptar que el ejercicio de la libertad comunicativa “no se mide por el grado de incomodidad, molestia o disgusto que pueda ocasionar a los funcionarios, servidores públicos o sujetos con notoriedad pública, quienes (...) aceptan también ser sometidos a un escrutinio diario acerca del modo como se conducen en el ejercicio de sus funciones o de sus vidas; sino porque la propagación del hecho noticioso —que puede estar acompañado o no de un juicio de valor u opinión— no se realice empleando expresiones vejatorias, afrentosas e injuriosas contra dichas autoridades. Incluso se ha dicho ya que, en ciertos casos, determinados ámbitos de la vida privada de los funcionarios públicos pueden ser expuestos, siempre y cuando los mismos se encuentren directamente relacionados a cuestiones de interés público” [fundamento 74].

En esta misma línea se encuentra lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia en el marco del Expediente N° 02976-2012-PA/TC, cuando señala “que la difusión de la noticia pueda causar molestia, inquietud o disgusto en el funcionario público cuyo comportamiento se ha sometido a escrutinio, no quiere decir que constituya un ejercicio irregular de este derecho” [fundamento 18].

Lo que lo hace ilegítimo, desde nuestro punto de vista, es que este venga acompañado de frases vejatorias, de afrentas, ofensas, insultos o ultrajes. El funcionario público se expone al “ejercicio de la crítica y en particular la realizada por los medios de comunicación social al desempeño de las funciones de un funcionario o autoridad pública, o a lo que hagan o dejen de hacer al margen de las mismas, pero que tengan una directa y notoria relación con el desempeño del cargo, constituye una de las funciones vitales de la prensa en una sociedad democrática. Por ello, el disgusto o la molestia o lo que tales críticas puedan ocasionar en el funcionario o autoridad pública han de ser toleradas por estos, sin que pueda oponerse basados en el cargo que temporalmente ostentan, algún tipo de inmunidad o privilegios” [fundamento 19].

Cabe resaltar que en esta sentencia la tutela del derecho al honor se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información cuando sus titulares ejercen funciones públicas, o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, estando obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a

²⁷ Caso Alejandro Lamadrid Ubillús. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/03079-2014-AA.pdf>



Constituye
**práctica
antisindical** toda
acción u omisión
que **atente** contra
el **ejercicio** de
la **actividad
sindical**, así como
a la **injerencia**
del **empleador
público**.

la propia imagen resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general.

De ese modo, quienes tienen atribuido el ejercicio de funciones públicas, son personajes públicos en el sentido de que su conducta, su imagen y sus opiniones pueden estar sometidas al escrutinio de los ciudadanos, los cuales tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información en ese sentido se debe “privilegiar los intereses del Estado sobre los intereses propios o de particulares”.

LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La protección especial que tiene la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico implica que existe una presunción constitucional en favor de esta, razón por la cual, cuando el ejercicio de la libertad de expresión entra en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, se debe otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión.

Lo anterior no implica que la libertad de expresión sea un derecho absoluto que no admita limitaciones, dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional es digno de protección - desplazando en su ejercicio al otro derecho -, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad.

Por lo tanto, en estos eventos lo que procede es realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos, valores o principios en conflicto, pero teniendo presente la presunción de prevalencia ya mencionada. Como se puede advertir del razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de los límites del caso Lagos del Campo lo establece el precedente Urrutia dado que soslaya el análisis del contexto y texto de los mensajes.

Debemos considerar que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme a nuestro marco constitucional, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo de obligatorio cumplimiento por parte de nuestros tribunales de justicia, criterio ya aceptado por nuestro Tribunal Constitucional desde el caso Barrios Altos²⁸.

1. El caso Lagos del Campo

Dicho esto, resulta del mayor interés, tanto teórico como práctico, reflexionar sobre los alcances y contenidos de la reciente sentencia del pasado 31 de agosto del 2017 en el caso Lagos del Campo vs. Perú, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado criterios de protección al ejercicio del derecho de libertad de expresión del dirigente sindical que eventualmente podría perjudicar al empleador, pero dado el interés y naturaleza del contenido de la información que comparte, es merecedor de una protección reforzada que lo haga inmune al despido del empleador.

El caso es particularmente interesante. Con fecha 26 de junio de 1989, el señor Alfredo Lagos del Campo, quien se desempeñaba como Presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli, fue despedido en razón de, según afirma, denunciar y llamar la atención sobre actos de injerencia indebida de los empleadores en la vida de las organizaciones representativas de los trabajadores en la empresa y en la realización de elecciones internas de la comunidad industrial. En junio de 1989, el señor Lagos del Campo fue entrevistado por la revista “La Razón”, artículo que fue publicado dos semanas más tarde, donde se informa que el Presidente del Comité Electoral de la Co-

28 Para un mayor análisis se puede revisar Cáceres Neyra, Jorge Luis. (2009) La influencia de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de la Cantuta y Barrios Altos sobre el proceso penal seguido contra Alberto Fujimori. En: Bermúdez Tapia, Manuel. *El caso Fujimori: Análisis y comentarios*. Lima: Editorial Ediciones Caballero Bustamante. pp. 348.

unidad Industrial de la empresa “denunció, ante la opinión pública y autoridades competentes, las maniobras liquidadoras de la patronal, quienes utilizando la vacilación de algunos trabajadores llevaron a cabo fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral y sin la participación mayoritaria de los comuneros”²⁹. Luego de esta entrevista, el 26 de junio, la empresa le remite una carta notarial que formula cargos por grave indisciplina y el “faltamiento grave de palabra” en agravio del empleador. En dicha carta, conforme se indica en la sentencia de la Corte IDH, el Gerente General de la empresa consideró “especialmente graves” las afirmaciones del señor Lagos del Campo sobre el “entendimiento ilícito y deshonesto” y “complicidad” entre la Gerente y la Directora de la Oficina General de Participación. La empresa igualmente señaló que lo expresado a la revista además de constituir grave falta laboral, configuró delito de injuria.

Restringir el derecho a la libertad sindical expresiva con la aplicación sancionadora de un RIT, es darle al empleador una ventaja inconstitucional y desproporcionada.

1.1. El ejercicio de la libertad de expresión en el contexto de la libertad sindical

La sentencia de la Corte IDH, por primera vez, evalúa si es razonable restringir el ejercicio de la libertad de expresión en contextos laborales [fundamento 98]. En otras palabras, analiza si las declaraciones del señor Lagos del Campo se encuentran dentro del ámbito especial de protección del derecho a la libertad de expresión y si la misma fue garantizada por el Estado. Para la Corte IDH el derecho a la libertad de expresión contiene el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Más aún, este derecho tiene una dimensión individual y social, las cuales deben ser objeto de protección, siendo, asimismo, una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores [fundamento 91].

No solo ello, sino que esta libertad puede ser igualmente afectada por el Estado, así como particulares. Ello tiene mayor relevancia en el caso de situaciones en las cuales tribunales han avalado despidos u otras sanciones originadas por el ejercicio de la libertad de expresión [fundamento 96].

1.2. La necesidad y razonabilidad para la restricción del ejercicio de la libertad de expresión

La Corte IDH ha reconocido que se pueden imponer responsabilidades ulteriores derivadas del ejercicio a la libertad de expresión cuando se haya afectado el derecho a la honra y la reputación [fundamento 98]. En este sentido, ambos derechos deben convivir de forma armoniosa. Para tal fin, debe realizarse un análisis de necesidad a través de una adecuada ponderación o justo equilibrio de los derechos convencionales.

En este sentido, la Corte tomando como base el artículo 13.2 de la Convención, establece tres reglas que determinan si se producen responsabilidades por el ejercicio de la libertad de expresión:

- Calificación de las declaraciones de Lagos del Campo.
- Legalidad y finalidad.
- Necesidad y deber de motivar.

²⁹ Fundamento 50. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos del Campo vs Perú. Sentencia del 31 de agosto de 2017.



La **libertad de expresión** de los **servidores públicos** tiene como **límite permisible soportar y tolerar el escrutinio público** y las **críticas**.

1.2.1. Calificación de las declaraciones de Lagos del Campo

En relación a la calificación de las declaraciones, debe evaluarse si las mismas: (a) se dieron como representante de los trabajadores; (b) eran de interés público; y, (c) protección ante declaraciones.

El primer requisito es claro, las declaraciones deben realizarse en ejercicio de la función sindical y en representación de la organización.

En relación al segundo requisito, la Corte considera de interés público aquellas informaciones u opiniones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, situación que en el ámbito laboral deviene en esencial cuando las mismas están orientadas a promover el correcto funcionamiento y mejoramiento de las condiciones de trabajo o reivindicación de los trabajadores, lo cual representa un objetivo legítimo y coherente en el marco de las organizaciones de trabajadores [fundamento 113]. Más aún, para el caso concreto, la Corte precisa que se valora el interés público en tanto el artículo fue publicado en el marco de un conflicto laboral interno; asimismo, el contenido de la entrevista precisa que el objeto de la misma es defender los derechos de la organización y, finalmente, el medio de comunicación buscó entrevistar al señor Lagos del Campo [fundamento 115].

En relación al tercer requisito, la Corte estima que, en asuntos de interés público, no solo deben ser objeto de protección aquellas expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o aún sector cualquiera de la población [fundamento 117].

En este contexto, al evaluar las declaraciones, debe tenerse presente el objetivo de la misma- lo que la Corte denomina "entidad"- que finalmente era denunciar irregularidades, las cuales, aun cuando a criterio de la empresa vulnera sus intereses, las expresiones altisonantes sobre la situación denunciada no traspasan el umbral de protección al derecho a la libertad de expresión [fundamento 118].

1.2.2. Legalidad y finalidad

Aun cuando la restricción al ejercicio de la libertad de expresión se encuentre prescrita en el artículo 5 inciso h) de la Ley N° 24514, esta norma no viola *per se* la Convención Interamericana, sino depende de su adecuada interpretación por los tribunales peruanos, ello en un escenario en el cual la ley no prescribe con claridad las restricciones que afectan el ejercicio de la libertad de expresión en el contexto laboral o si es objeto de protección los discursos pronunciados por dirigentes sindicales (fundamento 120).

1.2.3. Necesidad y deber de motivación

La restricción al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, materializado por el acto de sanción a imponer por el empleador, debe no solo ser motivado, sino necesario, más aún en un escenario de despido del trabajador. La Corte lo resume de la siguiente manera:

"125. En este sentido, la Corte entiende que el despido puede constituir la máxima sanción de la relación laboral, por lo que es fundamental que la misma revista de una necesidad



El **ejercicio** de la **libertad de expresión** de un **servidor público** no puede **comprometer** los **intereses públicos** a los que sirve la **institución pública**.

imperiosa frente a la libertad de expresión y que tal sanción esté debidamente justificada (“despido justificado”).

Esta situación de necesidad, entiende la Corte, debe configurarse bajo la premisa que la Recomendación 143 de la OIT; es decir, que los representantes de los trabajadores gozan de una protección especial.

Bajo esta mirada, la Corte establece como criterio que la necesidad de despido únicamente ocurrirá en tanto se demuestre la necesidad imperiosa para proteger los derechos a la reputación y la honra en el caso particular [fundamento 126], ello bajo la mirada que las declaraciones del trabajador contaban con una protección reforzada en el ejercicio de sus funciones.

1.2.4. El derecho a la libertad de asociación

Para la Corte IDH, “los representantes de los trabajadores de una empresa deben gozar de una protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, o de sus actividades derivadas de dicha representación”. Más aún, “las autoridades nacionales deben garantizar que la imposición de sanciones que puedan resultar desproporcionadas no generen un efecto disuasivo en el derecho de los representantes de expresar y defender los intereses de los trabajadores” [fundamento 160].

EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA Y LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

El ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública se justifica, creemos, en la protección de un valor superior, esto es, garantiza el correcto funcionamiento de la Administración y el resto de poderes públicos (Acosta, 2019, pp. 610 y 611). El ejercicio de la autoridad dada por la ley al servidor público- también llamado servidor civil en el caso peruano-, importa que el ejercicio de su autoridad sea sometida al escrutinio de la ley y el derecho. En otras palabras, el actuar del servidor civil debe estar alineado a los intereses del Estado, representados en su estructura jerárquica y organización, todo ello construido sobre la base de un estatuto de imputaciones (obligaciones y atribuciones) a un entramado de autoridades, los cuales deben procurar el interés general.

En tal sentido, las faltas disciplinarias en las que incurre un servidor civil tienen como fundamento la afectación a los intereses generales o a los bienes jurídicamente protegidos por el Estado (artículo 87º inciso a) de la Ley del Servicio Civil- Ley N° 30057).

En consecuencia, el ejercicio de la facultad sancionadora sobre la base de la identificación de conductas que, en general, se manifiestan por una expresión crítica a un superior jerárquico, por ejemplo, al Jefe de la Oficina de Personal o al Gerente General durante un conflicto laboral, o brindar declaraciones públicas que cuestionen la idoneidad del funcionario público en el ejercicio de sus labores, bien podrían ser pasibles de ser subsumidas en las faltas de carácter disciplinario tipificadas en los incisos a), c) o l) del artículo 85º de la Ley N° 30057:



Las **actividades** o **prácticas sindicales** conformantes de la **libertad sindical expresiva** forman parte del **elenco** de las **relaciones colectivas de trabajo**.

- a. El incumplimiento de las normas establecidas en la presente Ley y su reglamento.
- b. El incurrir en acto de violencia, grave indisciplina o faltamiento de palabra en agravio de su superior del personal jerárquico y de los compañeros de labor.
- c. Realizar actividades de proselitismo político durante su jornada de trabajo, o a través del uso de sus funciones o de recursos de la entidad pública.

La Corte IDH en el caso Lagos del Campo ha considerado que el hecho que una conducta eventualmente sea tipificada como falta disciplinaria, no importa la necesidad irremediable de sancionarla. Su sanción debe ser leída en clave de ponderación de los derechos fundamentales en juego.

Consideramos, como bien señala Acosta (2019), que en situaciones como las antes planteadas, el principio de antijuridicidad de la conducta infractora debe presentarse. Su fin es garantizar la indemnidad de los bienes que el legislador considera dignos de protección. Si no existe daño, no existiría en principio una conducta reprochable y, por lo tanto, infracción cometida; por ello, debería concurrir no solo la conducta típica, sino más aún, una lesión efectiva al bien jurídico que el legislador busca proteger (p. 620).

En el caso materia de análisis, no hay duda que, muchas veces, el ejercicio de la libertad de expresión causa un daño o perjuicio, sea en sede personal del funcionario quien ha recibido la crítica o cuestionamiento o eventualmente a quienes dirigen la dependencia pública en su conjunto por la forma, modos y eventualmente contenidos en su interacción con las organizaciones sindicales.

Sin embargo, aún cuando esta conducta pudiese ser agravante, dicha lesión no se considera antijurídica en tanto no es contraria a nuestro ordenamiento sino amparada por él. Como bien explica Acosta (2019), “el daño causado al bien jurídico perjudicado está justificado por la salvaguarda de otro bien jurídico protegido, lo que la doctrina considera causas de justificación” (p. 621).

En conclusión, sobre la aplicación de la potestad disciplinaria, Mondragón (2020) refiere que se emplea como instrumento para enderezar las conductas desplegadas por los servidores públicos y solo se justifica cuando esta conducta sea reprochable por el ordenamiento jurídico, situación que consideramos no ocurre cuando en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental ocurren perjuicios derivados de la interacción en el conflicto sindical (p. 105).

A MODO DE CONCLUSIONES

El ejercicio de la libertad sindical por los dirigentes sindicales cuenta con una protección reforzada, en el ejercicio inclusive “crítico” en la conducta del empleador, aun tratándose de la Administración Pública, y no se limita ni por los principios de la vocación de servicio, ni el deber de lealtad y obediencia. Sus límites los encontramos inicialmente en la Ley; sin embargo, la facultad disciplinaria a ejercer por el empleador público, únicamente será constitucionalmente acorde a nuestro sistema jurídico en tanto exista, siguiendo el criterio Lagos del Campo, una necesidad de proteger el interés del Estado.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lagos del Campo vs. Perú ha establecido como criterio que, únicamente debería ser sancionable el ejercicio de la libertad de expresión de un dirigente sindical, cuando exista una necesidad probada de protección del derecho a la honra y la reputación del particular, en tanto su ejercicio se realiza en salvaguarda de los intereses del sindicato y en representación de este como parte natural del conflicto laboral.

Bajo estas consideraciones, las expresiones de un dirigente sindical dentro del contexto laboral, cuentan con una suerte, en términos de esta sentencia, protección reforzada (fundamento 126). En consecuencia, devendría en desproporcionada la sanción del despido, cuando esta solo debe aplicarse en caso que la conducta del trabajador no solo es causante de daño al empleador sino la misma deviene en ilícita.

REFERENCIAS

- Acosta, M. (2019) La responsabilidad del empleado público en España. *Revista CES Derecho*. Vol. 10, N°2, julio-diciembre, 2019, pp.605-640.
- Baylos, A. (2013). La contracción del Estado social. *Revista de Política Social* (63), pp. 1134.
- Cáceres, J. (2009). La influencia de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de la Cantuta y Barrios Altos sobre el proceso penal seguido contra Alberto Fujimori. En: Bermúdez Tapia, Manuel. *El caso Fujimori: Análisis y comentarios*. Lima: Editorial Ediciones Caballero Bustamante. pp. 348.
- Corte Suprema de Justicia de Lima. Casación Laboral N° 10984 – 2014-Lima Norte. Recuperado de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Casacion-Laboral-10984-2014-Lima-Norte-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de Lima. Casación Laboral N° 20428 – 2016 -Lima. Recuperado de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas.20428-2016-Lima-Legis.pe_.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Caso Urrutia Laubreaux vs Chile. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_409_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Caso Lagos del Campo vs Perú. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf
- Ermida, O. (2012) Crítica de la libertad sindical. *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho* (68) , pp. 33-61.
- Ermida, O. (2006) Trabajo, ciudadanía y derechos humanos. *IUS Labor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, (2),
- Mondragon, S. (2020). El derecho administrativo disciplinario y su control judicial a la luz de la función pública. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB*. (132), pp.100-122.
- Ojeda, A. (1979). La libertad sindical. *Revista de Política Social – Centro de Estudios Constitucionales*, (121), pp. 347-379.
- Organización Internacional del Trabajo. Resolución de 1970 sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles. Recuperado de http://white.lim.ilo.org/qvilis_world/spanish/infobd/l_anexoiii.html
- Rodríguez, M. (1979). El principio de igualdad y las relaciones laborales. *Revista de Política Social-Centro de Estudios Constitucionales*, (121), pp.380-414.
- Sanabria, F. (2011). Guía y Protocolo de Actuación de la Inspección del Trabajo ante Denuncias por Prácticas Antisindicales Empresariales. *PDFslide*. Recuperado de: <https://pdfslide.tips/documents/guia-y-protocolo-de-actuacion-inspectiva-actos-antisindicales.html>
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC (caso Juan José Gorriti).
- Tribunal Constitucional del Perú (2013). STC Exp. N° 0025-2013-PI/TC (caso Ley del Servicio Civil).
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC (caso Baylón Flores).
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). STC Exp. N° 3311-2005-PA/TC (caso Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha).
- Tribunal Constitucional del Perú (2002). STC Exp. N° 1469-2002-AA/TC (caso Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Paucarpata).
- Tribunal Constitucional del Perú (2018). STC Exp. N° 009-2018-PI/TC (caso Colegio de Abogados de Puno).
- Tribunal Constitucional del Perú (2004). STC Exp. N° 4677-2004-PA/TC (caso Confederación General de Trabajadores del Perú).
- Tribunal Constitucional del Perú (2002). STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC (caso Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac).
- Tribunal Constitucional del Perú (2002). STC Exp. N° 1797-2002-HD/TC (caso Wilo Rodríguez Gutiérrez).
- Tribunal Constitucional del Perú (2012). STC Exp. N° 1125-2012-PA/TC (caso Zapata).
- Tribunal Constitucional del Perú (2007). STC Exp. N° 01139-2007-PA/TC (caso Eddy Cuadros).
- Tribunal Constitucional del Perú (2004). STC Exp. N° 3362-2004-AA/TC (caso Prudencia Estrada Salvador).
- Tribunal Constitucional del Perú (2004). STC Exp. N° 2465-2004-AA/TC (caso Jorge Barreto Herrera).
- Tribunal Constitucional del Perú (2000). STC Exp. N° 0866-2000-AA/TC (caso Mario Machaca Mestas).
- Tribunal Constitucional del Perú (2014). STC Exp. N° 03079-2014-PA/TC (caso Alejandro Lamadrid Ubillús).
- Tribunal Constitucional del Perú (2012). STC Exp. N° 02976-2012-PA/TC (caso Adrián Arenas Córdova).
- Tribunal Constitucional de España (2018). Sentencia 127/2018. Recuperado de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25804>



Gestión Pública & Control

Octubre 2021