

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ –
PUCP**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y
la Seguridad Social**

**“El derecho de huelga vs el derecho de continuar laborando,
una mirada bajo la perspectiva del test de ponderación”**

AUTOR

Ricardo Julio Ortega Cordero.

Código: 20164579

ASESOR:

Dr. David José Campana Zegarra.

Lima-Perú

2016

TEMA DE INVESTIGACIÓN:

“LA PONDERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA FRENTE AL DERECHO DE CONTINUAR LABORANDO DEL TRABAJADOR NO HUELGUISTA”

ESQUEMA DE CONTENIDO:

Introducción

Resumen

1. Conflicto entre el derecho de huelga y el derecho de continuar laborando.
 - 1.1. Análisis de la afectación al derecho al trabajo.
 - 1.2. Análisis de la afectación al derecho de libertad sindical en su dimensión negativa.
 - 1.3. Análisis de la afectación al derecho a la libertad de trabajo.
2. La ponderación del derecho de huelga vs el derecho a la libertad de trabajo
 - 2.1. La ponderación de derechos.
 - 2.2. El principio de proporcionalidad y su estructura
 - 2.2.1. Sub principio de Idoneidad o de Adecuación
 - 2.2.2. Subprincipio de Necesidad.
 - 2.2.3. Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto
 - 2.3. Aplicación del examen de proporcionalidad a la colisión identificada entre el derecho de huelga y la libertad de trabajo.
 - 2.3.1. Filtro de idoneidad
 - 2.3.2. Filtro de necesidad
 - 2.3.3. Filtro de proporcionalidad en sentido estricto
3. Análisis del derecho de huelga bajo la mirada del test de proporcionalidad.
4. El derecho a la libertad de trabajo bajo la mirada del test de proporcionalidad.
5. Conclusiones

RESUMEN

¿Derecho de huelga o derecho de continuar laborando?; durante el ejercicio del derecho de huelga, es común encontrar situaciones en las cuales intereses de los huelguistas entran en conflicto con derechos de terceros; uno de estos casos se presenta respecto de los trabajadores que no se encuentran de acuerdo con la medida de paralización –*trabajador no huelguista*- y que desean continuar laborando a fin de seguir generando los ingresos económicos necesarios para garantizar su subsistencia y la de su familia.

Según nuestra legislación, cuando la huelga es decidida por la mayoría de trabajadores de un determinado ámbito, suspende la relación laboral del total de trabajadores que lo comprende; incluyendo la de aquellos que no se encuentren de acuerdo con la medida de paralización; en este orden de ideas, el presente artículo, a través del llamado test de proporcionalidad, determinará si la privación legal del artículo 62 del D.S. 011-92-TR, resulta una medida realmente indispensable para alcanzar los fines perseguidos por el ejercicio de la huelga o si por el contrario, se estaría vulnerando de manera innecesaria el derecho de aquellos que desean continuar trabajando.

ABSTRAC

Right to strike or right to continue working? During the exercise of the right to strike, it is common to find situations in which the interests of the strikers conflict with the rights of third parties; One of these cases is presented in respect of workers who do not agree with the stoppage measure - *non-striking worker* - and who wish to continue working in order to continue generating the economic income necessary to guarantee their subsistence and that of their family.

According to our legislation, when the strike is decided by the majority of workers in a given area, it suspends the employment relationship of the total number of workers who comprise it; including those who do not agree with the stoppage measure. In this context, this article, through the so-called proportionality test, will determine whether the legal deprivation of Article 62 of D.S. 011-92-TR, is a truly indispensable measure

to achieve the aims pursued by the exercise of the strike or if, on the contrary, the right of those who wish to continue working would be unnecessarily violated.

1. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO DE HUELGA Y EL DERECHO DE CONTINUAR LABORANDO.

El artículo 28° de la Constitución Política del Perú, regula el derecho a la libertad sindical, sobre el particular menciona que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, cautelando su ejercicio democrático; asimismo, el referido artículo establece una serie de obligaciones por parte del Estado, en relación con cada uno de los derechos mencionados, respecto de la libertad sindical, establece la obligación de garantizarla; sobre la negociación colectiva y demás formas pacíficas de solución de conflictos colectivos, establece la obligación de fomento; no obstante, en lo referido al derecho de huelga nuestra Constitución establece la obligación estatal de regulación, debiendo establecerse sus excepciones y limitaciones con la finalidad que el ejercicio del mismo se realice en armonía con el interés social.

Siendo esto así, desde mi punto de vista, la propia Constitución reconoce la posible colisión del derecho de huelga con derechos de terceros; toda vez que, de los tres (3) derechos recogidos por el artículo 28° de nuestra Carta Magna, el derecho de huelga es el único, respecto del cual se ha establecido una obligación estatal de regulación y limitación; siendo que, de no ser así, no tendría sentido establecer expresamente una obligación estatal limitativa, como no ocurre con el resto de derechos mencionados, respecto de los cuales, únicamente existe una obligación de reconocimiento y fomento.

En nuestro país, según la legislación vigente los trabajadores están facultados a acudir a la huelga, básicamente en los siguientes supuestos: tras romper trato directo y dar por fracasada la etapa de conciliación dentro del marco de una negociación colectiva; en caso el empleador contravenga lo convenido por las partes en un convenio colectivo o lo estipulado en disposiciones legales; en caso el empleador incumpla un mandato judicial que tenga la calidad de consentido y ejecutoriado; y en caso de dar por agotada la etapa de negociación respecto de una materia

controvertida, que no se encuentra dentro del contexto de una negociación colectiva. No obstante, según lo indicado por el artículo 62° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante D.S. 011-92-TR; si la huelga es adoptada por la mayoría de trabajadores de un determinado ámbito suspende la relación laboral de todos los trabajadores comprendidos dentro de este; es decir, en caso una huelga sea acordada por la mayoría de trabajadores, se suspende la relación laboral no solo de aquellos que estuvieron de acuerdo con la medida de huelga, sino además, suspende la relación laboral de aquellos que no se encuentran de acuerdo con la medida de paralización o prefieren una solución distinta respecto de sus reclamos.

Desde mi punto de vista, la situación descrita en el párrafo que antecede, vulnera el derecho que tienen los trabajadores que no se encuentran de acuerdo con la medida de paralización de continuar laborando, escenario que ciertamente puede volverse preocupante para este grupo de trabajadores; tendiendo en consideración que, según lo establecido por el literal b), del artículo 77° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante D.S. 010-2003-TR, la huelga declarada siguiendo los requisitos exigidos por nuestra legislación, suspende todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, incluyendo la obligación del empleador de abonar la remuneración, claro está, que esta suspensión conforme lo establece el mencionado inciso en su parte final, no afecta la subsistencia del vínculo laboral; es decir, nos encontramos frente a una suspensión perfecta de la relación laboral.

Si tenemos en cuenta que el fin supremo de toda relación laboral, es la generación de ingresos por parte del trabajador, es decir, obtener una remuneración, la cual significa la manutención del trabajador y en la mayoría de las veces la manutención de su familia; al privarles legislativamente a aquellos que no se encuentran de acuerdo con la huelga, la posibilidad de continuar laborando y consecuentemente la posibilidad de generar ingresos, ¿no se les estaría vulnerando algún derecho a este grupo de trabajadores?. Al respecto, alguno autores han escrito sobre el tema; uno de estos, es el caso del Dr. Boza (2008: 333-360), quien mediante un ensayo, nos da un alcance, sobre la libertad sindical en conflicto con intereses de terceros, especialmente referido al derecho de huelga. Al respecto señala que un tema crucial

es la posible afectación de los derechos de terceros como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, como puede ser el derecho del trabajador no sindicalizado obligado ilegalmente a no laborar mediante la utilización de los denominados piquetes –piquetes defensivos (informar sobre la medida de fuerza) o piquetes ofensivos (impedimento de acceso al centro de trabajo); asimismo, Marcos Gallacher (2014:1) refiere que la huelga decidida en forma democrática, ya sea en forma directa (asamblea de los trabajadores) o indirecta (representantes de estos), genera un efecto coercitivo sobre aquellos que preferirían un curso de acción distinto al de los huelguista; al respecto, Mario Pasco (1996: 213) señala que la paralización comprende a la totalidad de los trabajadores, incluso a aquellos que no estuvieron de acuerdo con la medida de huelga, a los cuales en aplicación de la democracia se les obliga a acatar la paralización.

En este orden de ideas, como se dijo inicialmente durante el ejercicio del derecho de huelga, es posible encontrar situaciones en las cuales entra en conflicto el derecho que tienen aquellos trabajadores que, con la finalidad de conseguir un beneficio por parte de su empleador ya sea dentro o fuera de una negociación colectiva, o buscando que este cumpla el contenido de un convenio colectivo, la normativa vigente o una resolución judicial, deciden ejercer su derecho de huelga, reconocido en el artículo 28° de nuestra Constitución; con el derecho que tienen aquellos trabajadores que, pese a que la huelga fue decidida por la mayoría, desean continuar laborando con la finalidad de seguir generando ingresos económicos que seguramente sirven para la manutención de estos y sus familias; teniendo en cuenta que, durante el desarrollo de la huelga, conforme lo establece nuestra legislación en la materia, se suspende la obligación del empleador de abonar la remuneración; es decir, se produce una suspensión perfecta de la relación laboral.

De lo señalado hasta el momento, desde mi punto de vista, considero que al impedir a los trabajadores disconformes con la huelga continuar laborando, se le estaría vulnerando algún derecho; sin embargo, no está claro cuál sería el derecho vulnerado; podríamos decir que, posiblemente estaríamos frente a una vulneración al derecho al trabajo, a la libertad de trabajo, o incluso, el derecho negativo a la

libertad sindical, en su manifestación de huelga. A continuación, algunos alcances sobre cada uno de estos.

1.1. ANÁLISIS DE LA AFECTACIÓN AL DERECHO AL TRABAJO:

El derecho al trabajo, es un derecho fundamental recogido por nuestra Carta Magna en su artículo 22°, donde señala: *“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”*; así mismo, el derecho bajo comentario se encuentra reconocido a nivel internacional en diversos instrumentos normativos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo de San Salvador, entre otros.

Es así que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 23° señala:

“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

Sobre el particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en su artículo 6°, posee una definición algo más cercana a la manejada por la doctrina de forma mayoritaria; al respecto indica: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”*.

En el mismo sentido, la doctrina mayoritariamente se ha inclinado a señalar que el derecho al trabajo comprende básicamente el derecho que tiene toda persona a

acceder libremente a un puesto de trabajo y mantenerse en este, salvo que se presente alguna de las causales de terminación de la relación laboral reguladas por nuestra legislación; en este orden de ideas, el Dr. Javier Neves Mujica al referirse al derecho materia de comentario señala:

El derecho al trabajo se preocupa de procurar a toda persona un empleo. Puede tratarse en mi opinión de un empleo genérico o de uno específico. En el primer caso requiere que el Estado lleve a cabo políticas económicas y sociales adecuadas que incentiven la generación de empleo. (...) En el segundo caso, el derecho se concreta en un puesto cierto. Esto ocurre, desde mi punto de vista, cuando un trabajador postula en un concurso público o interno y resulta seleccionado (Neves 2001: 24-26).

Como se puede apreciar, el derecho al trabajo, es aquel derecho que tiene toda persona a poseer la oportunidad de ingresar a un puesto de trabajo y mantenerse en él, salvo causa legal de terminación de la relación laboral prevista en nuestra legislación; por lo que a primera vista, pareciera ser un indicio de que el derecho al trabajo no se vería afectado por el desarrollo de una medida de huelga.

Al respecto, Joaquín Pérez Rey, al escribir sobre la posible colisión del derecho de huelga con el derecho al trabajo, nos indica:

(...) en nuestra opinión difícilmente es el derecho al trabajo es un instrumento apto para dar cobertura jurídica a la posición de aquellos trabajadores que rehúsan participar en el paro (...) es el planteamiento mayoritario de nuestra doctrina que desde las más tempranas tomas de posición ha venido negando y hasta denunciando el enfrentamiento entre huelga y derecho al trabajo considerándolo un planteamiento incorrecto, amén de ideológicamente orientado, que otorga al segundo un significado del que históricamente ha carecido, asimilándolo incorrectamente, a la libertad de trabajo (Pérez 2006: 453-467)

Finalmente, nuestra legislación en el literal b) del artículo 77° del D.S. Nro. 010-2003-TR es clara al señalar que durante el desarrollo de una medida de huelga, las relaciones laborales no sufren efecto alguno, por lo tanto y por lo dicho hasta el

momento; considero que el derecho al trabajo no sería el que se estaría vulnerando al trabajador impedido de laborar; toda vez que, el desarrollo de la huelga no genera impacto negativo alguno en contra del vínculo laboral ya existente.

1.2. ANÁLISIS DE LA AFECTACIÓN AL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL NEGATIVA:

Antes de hablar de la libertad sindical negativa y específicamente respecto del que podría denominarse “*derecho negativo de huelga*”, resulta necesario hacer una breve referencia a lo que significa libertad sindical en su dimensión positiva, sobre el particular podemos mencionar se trata de un derecho fundamental de estructura compleja, el cual contiene en sí mismo tres grandes derechos que operan en conjunto con una estrecha vinculación: sindicación, negociación colectiva y huelga. Respecto del primero de los nombrados, se refiere al derecho que tienen los trabajadores de hacer surgir o configurar los sujetos del poder normativo (organizaciones sindicales), entendiéndose a éste como el derecho de sindicación o también llamado auto organización; el mismo que da pie al segundo presupuesto, que supone la posibilidad de que estos sujetos generen normas autónomas, distintas de las expedidas por el Estado, a través de los procedimientos de negociación colectiva (autoregulación); por último, se tiene como garantía de eficacia de los anteriores presupuestos la posibilidad de recurrir a medios de defensa o autotutela, como es el derecho de huelga (Ágreda 2011: 254).

En relación al primer presupuesto, esto es, el derecho de sindicación, según la doctrina, este se manifiesta en dos dimensiones; la primera de ellas, la libertad sindical individual, la cual consiste en todos aquellos derechos que son ejercidos por el mismo trabajador como individuo, la misma que a su vez se subdivide en libertad sindical individual positiva, vista como el derecho a la libre constitución de organizaciones sindicales, el derecho de libre afiliación y el derecho al desarrollo de actividad sindical; y la libertad sindical negativa, por la cual los trabajadores son libres de desafiliarse de las organizaciones sindicales a la cual pertenecen, o simplemente elegir no afiliarse a un sindicato.

Por otro lado, la segunda dimensión del derecho de libertad sindical, es la llamada libertad sindical colectiva, la cual involucra a todos aquellos derechos de los cuales es titular el sindicato como sujeto colectivo; como es el derecho de autorganizarse y actuar libremente en defensa de los intereses de los trabajadores; para lo cual la organización sindical podrá ejercer, entre otros, los siguientes derechos: libertad de reglamentación, libertad de representación y libertad de gestión, vista esta última como el derecho del sindicato de organizar libremente sus actividades mediante la ejecución de distintos derechos, entre los que podemos encontrar principalmente el de negociación colectiva y huelga (Villavicencio 2010: 127).

Como se puede apreciar, la libertad sindical, derecho vinculado estrechamente al derecho de huelga, de acuerdo a lo señalado por la doctrina, posee una dimensión positiva y una negativa, vista esta última como el derecho de no ejercicio de la libertad sindical, la misma que se materializa en la no constitución de organizaciones sindicales, la no afiliación o la desafiliación a las mismas; siendo esto así; ¿al igual que sucede con el derecho de sindicación, no podríamos hablar también de un derecho negativo de huelga, visto este como el derecho que debería tener todo trabajador a no sumarse a la medida de paralización?.

Sobre lo mencionado en el párrafo que antecede, la doctrina española indica:

En virtud del art. 6.4 Real Decreto-Ley 17/1977, los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad durante la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto la recogida de fondos sin coacción alguna; **este derecho está limitado por el respeto a la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga (art. 6.4 Real Decreto-Ley 17/1977)**. En este sentido, los piquetes informativos quedan protegidos por las libertades de expresión, reunión y manifestación (Quintanilla 2008: 348) (El resaltado es nuestro).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia Nro. 123/1992, de fecha 28 de setiembre de 1992; respecto del derecho de no sumarse a la huelga indicó: “*no cabe tal sustitución ni siquiera cuando media el consentimiento de los trabajadores movilizados, puesto **que la libertad de ellos para sumarse o no a la huelga no les habilita para neutralizar los efectos de la huelga secundada por sus***”

compañeros. También STS 8 mayo 1995 (RJ 1995, 3752)". (Quintanilla 2008: 341) (El resaltado es nuestro).

Asimismo, Francisca Hernández, en la revista española de la Universidad de Vigo, señala:

Ahora bien, el Alto Tribunal, en la misma resolución, también precisa: "si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y (...) **a cada uno de ellos corresponde el derecho a sumarse o no a las huelgas declaradas**, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales (Hernández 2010: 7). (El resaltado es nuestro).

Como se puede observar, autores españoles al momento de comentar su legislación y jurisprudencia, señalan que el trabajador posee el derecho de no sumarse a la medida de paralización, lo que podría de alguna manera considerarse la dimensión negativa del derecho de huelga, o simplemente el derecho de continuar laborando; indicando además que, cualquier vulneración a este derecho, constituiría una vulneración al derecho de la libertad de trabajo.

1.3. ANÁLISIS DE LA AFECTACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO:

Podemos mencionar que libertad de trabajo es aquella libertad que tiene el individuo para decidir si trabajará o no, con la finalidad de obtener los medios necesarios para su subsistencia; si trabajará de forma independiente, o por el contrario elegirá trabajar de forma subordinada y decidir en cualquier momento dejar de laborar. Siendo esto así, la mayoría de la doctrina señala que la libertad de trabajo se limita únicamente al momento de inicio y término de la relación laboral; esto es, al momento que el trabajador decide iniciar a laborar y demás decisiones que eso conlleva, así como la decisión de dejar de hacerlo en cualquier momento, tal es el caso del Dr. Neves Mujica, quien al referirse a la libertad de trabajo, señala:

“En la fase inicial de la relación laboral, la libertad de trabajo le concede al trabajador las siguientes decisiones fundamentales: la de trabajar o no hacerlo, la de establecer en que actividad se va a ocupar, la de determinar si va a trabajar para sí o para otro y, en este último caso, la de precisar en favor de quien. En la fase final, dicho derecho consiste en reconocerle al trabajador la facultad de dejar el empleo por su sola voluntad (Neves 2001: 41).”

Otra parte de la doctrina, como es el caso del Dr. Quiñones Infante, sostienen que la libertad de trabajo no se limitaría únicamente al inicio o término de la relación laboral, sino que la podríamos encontrar presente durante el desarrollo de la misma; no obstante, la postura del referido autor, está dirigida al pluriempleo (2007: 137); empero, lo que nos interesa para el presente estudio, son los fundamentos usados por Quiñones Infante para llegar a la afirmación mencionada; al respecto señala: *“libertad es ausencia de coacción, y que la coacción puede manifestarse mediante un impedimento o mediante la imposición de una obligación”* (2007: 137); siendo esto así, al trabajador que se encuentra disconforme con la medida de huelga acordada mayoritariamente y es obligado a dejar de laborar por imperio de la Ley, en mi opinión se estaría atentando contra la autodeterminación que tiene este para decidir si continúa o no prestando sus servicios a su empleador durante el desarrollo de una huelga, con la finalidad de continuar percibiendo el fin supremo de todo trabajo, la remuneración. Siendo que, desde mi punto de vista, el impedimento legal contenido en el literal a) del artículo 62° del D.S. 011-92-TR, vulnera el derecho a la libertad de trabajo, contenido en el artículo 52° de nuestra Constitución, derecho que debe ser visto en un sentido amplio que incluya tutela para aquellos que no se encuentran de acuerdo con la medida de huelga y desean continuar laborando, más aún si se considera, que el trabajo es el medio de subsistencia del trabajador y su familia.

En este orden de ideas, ante la colisión del derecho de huelga reconocido en el artículo 28° de nuestra Constitución con el derecho a la libertad de trabajo contenida en el artículo 59° del mismo texto normativo; con la finalidad de determinar si la privación al último de los nombrados, contenida en el artículo 62°

del D.S. 011-92-TR; es una medida adecuada, idónea, y proporcional, a continuación aplicaremos un test de ponderación o proporcionalidad para determinar cuál de los derechos mencionados debe prevalecer durante el desarrollo de una medida de huelga, el derecho de aquellos que optaron de manera democrática por ejercer una medida de paralización, o el derecho de aquellos que no estando conformes con la huelga acordada mayoritariamente, desean continuar laborando y consecuentemente generando su remuneración.

2. LA PONDERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA VS EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO.

Para hablar de ponderación de derechos, debemos empezar señalando que, conforme lo indica Carbonell, los derechos no son absolutos, sino que cada uno de estos enfrenta la posibilidad de ser limitado por el ejercicio de otro derecho (2008: 10). Por ello, desde el punto de vista de las tesis conflictivistas, cuando hablamos de colisión entre derecho de huelga y derecho a la libertad de trabajo, estamos indicando, que el ejercicio del derecho de huelga acordado de manera democrática y mayoritaria, afecta a los trabajadores disconformes con dicha medida que desean ejercer su derecho a la libertad de trabajo y continuar laborando durante la paralización; lo mencionado se evidencia cuando el derecho a la libertad de trabajo, al no ser absoluto, se ve limitado en su ejercicio por el derecho de huelga acordada de forma mayoritaria en un determinado ámbito, siendo esto así, surge la pregunta ¿esta limitación realmente es necesaria, idónea y proporcional?.

Respecto de lo indicado en el párrafo anterior, Castillo-Córdova señala que la postura conflictivista, plantea que los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar; siendo que, frente a esta situación de conflicto, la solución consiste en colocar a uno de los derechos por encima del otro, para lo cual es necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro (2005: 5); en tal sentido, la doctrina ha desarrollado diversos mecanismos destinados a solucionar este tipo de conflictos jurídicos, siendo uno de ellos la ponderación de derechos.

I. La ponderación de derechos:

Conforme lo indica la doctrina de forma mayoritaria, el ordenamiento jurídico no está compuesto únicamente por reglas, sino también por principios. Sobre el particular Robert Alexy señala:

“Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. [...] Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. [...] Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas (Alexy 2007: 458-459).” (El resaltado es nuestro).

En la misma línea, Bernal Pulido refiere que los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico, cuya estructura no es condicional e hipotética como las reglas; sino que, por su redacción abstracta estas normas son más bien mandatos de optimización que ordenan que su objeto sea realizado en la medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario (2005: 19). Así, el referido autor define a la ponderación como la manera de aplicar los principios a fin de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos (2005: 19).

Aplicar el test de ponderación a la colisión de derechos fundamentales, implica necesariamente establecer una relación de proporcionalidad entre los derechos o principios en conflicto (Burga 2011: 255). Conforme lo indica Prieto Sanchís, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto (2007: 137).

Resulta importante señalar que el mecanismo de solución de conflictos introducido en nuestro ordenamiento jurídico no es solo la ponderación como tal, sino que esta forma parte de una estructura compleja que define el principio de proporcionalidad

en tres (3) sub principios fundamentales: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

Al respecto, Robert Alexy nos indica:

“(…) El significado de la diferenciación entre las reglas y los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad (…). El principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios (…). Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas (…). Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios (…). el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación (Alexy 1993: 459 – 460.)”

En este orden de ideas, antes de proceder con la aplicación del test de ponderación al conflicto suscitado entre el derecho de huelga y el derecho a la libertad de trabajo, resulta necesario indicar brevemente en que consiste el principio de proporcionalidad (test de ponderación), el cual será analizado en base a los tres (3) sub principios que lo componen.

II. El principio de proporcionalidad y su estructura:

El punto de partida de la aplicación del test de proporcionalidad y su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran regulados en el artículo 200° de nuestra Constitución, el mismo que indica: “(…) *cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.(…)*”; siendo esto así, a continuación se presenta una breve descripción de cada subprincipio que forma parte del test de ponderación, a fin de facilitar su aplicación posterior.

2.II.1. Sub principio de Idoneidad o de Adecuación:

El examen bajo el subprincipio de idoneidad o adecuación, consiste en analizar la causalidad, de “*medio – fin*” entre el medio adoptado y el fin perseguido; siendo en el presente caso, el “*medio adoptado*” la prohibición de continuar laborando durante el ejercicio de una huelga acordada mayoritariamente, establecida en el artículo 62° del D.S. 011-92-TR, restricción que a nuestro entender tendría como “*finalidad perseguida*”, garantizar el libre ejercicio del derecho de huelga, el cual a su vez busca la protección de los derechos de los trabajadores comprendidos dentro de esta, conforme lo establece el literal a) del artículo 73° del D.S. 010-2003-TR.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente N° 0034-2004-PI/TC, señala que “*(...) toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone la legitimidad constitucional del objetivo y la suficiencia de la medida utilizada*”.

En ese mismo sentido, Laura Clérico refiere que, si necesariamente se tiene que soportar una restricción a un determinado derecho, por lo menos, se espera que esta restricción pueda fomentar el logro del fin perseguido (2007: 101).

Siendo esto así, a través del examen bajo el subprincipio de idoneidad o adecuación determinaremos si la medida restrictiva a la libertad de trabajo contenida en el artículo 62° del D.S. 011-92-TR, resulta una medida idónea para el fin buscado; es decir, el libre ejercicio del derecho de huelga.

2.II.2. Subprincipio de Necesidad:

Respecto de este subprincipio, el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el expediente Nro. 0034-2004-PI/TC, señala lo siguiente:

“(…) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.”(El resaltado es nuestro)

Siendo esto así, bajo el análisis de este sub principio, determinaremos si la restricción legislativa a la libertad de trabajo contenida en el artículo 62° del D.S. 011-92-TR, resulta una medida necesaria para el libre el ejercicio del derecho de huelga, o si por el contrario existen otras medidas igualmente satisfactorias y menos restrictivas que hagan posible que el derecho de huelga logre los fines perseguidos.

2.II.3. Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto.

De acuerdo con este subprincipio, para que una determinada injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo que se busca, por lo menos debe ser equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental restringido, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

Sobre el particular Robert Alexy, señala que *“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción de otro”* (Alexy 1989: 460).

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional indica:

(...) la protección de los derechos constitucionales debe ser extensiva y los principios constitucionales son mandatos de optimización. Consiguientemente, ninguno de ellos puede en principio ser aplicado restrictivamente. La restricción solo es aplicable cuando ambos derechos o principios que colisionan, ocupan una misma área geométrica de aplicación y hay que compensar adecuadamente cuánto de un derecho y cuánto del otro se deja de poner en ejecución para satisfacer equitativamente la aplicación de los dos.

En cambio, la ley de la ponderación, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, se refiere a un fenómeno completamente distinto: dice que mientras más se afecta un derecho, más cabal tiene que ser el cumplimiento del fin constitucional para el que la restricción de tal derecho ha sido establecida.

En este orden de ideas a continuación aplicaremos la herramienta que hemos venido describiendo hasta el momento, a fin de establecer si la restricción legislativa a la libertad de trabajo, contenida en el artículo 62° del D.S. 011-92-TR, resulta ser la medida más idónea, necesaria y proporcional para asegurar el cumplimiento de los

finde de la huelga, siendo esto así se dará respuesta a la pregunta: *¿qué derecho debe prevalecer durante el ejercicio de una huelga acordada por la mayoría de trabajadores comprendidos en un determinado ámbito, el derecho de huelga o la libertad de trabajo del no huelguista?*

III. APLICACIÓN DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD A LA COLISIÓN IDENTIFICADA ENTRE EL DERECHO DE HUELGA Y LA LIBERTAD DE TRABAJO.

2.III.1. FILTRO DE IDONEIDAD

Como se ha mencionado en el primer capítulo del presente trabajo, en mi opinión, el artículo 62° del D.S. 011-92-TR, restringe el derecho de la libertad de trabajo de aquellos que desean continuar laborando durante el desarrollo de una medida de huelga, al señalar que “(...) ***La huelga declarada, observando los requisitos legales establecidos, produce los siguientes efectos: a) Si la decisión fue adoptada por la mayoría de los trabajadores del ámbito comprendido en la huelga, suspende la relación laboral de todos los trabajadores comprendidos en éste.*** (...); situación similar a la recogida en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en cual en su artículo 77° indica: “*La huelga declarada observando lo establecido en el artículo 73°, produce los siguientes efectos: A) Determina la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos.* (...), B) Suspende todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración, sin afectar la subsistencia del vínculo laboral.” (Subrayado y negrita agregados).

Siendo esto así y teniendo en cuenta el marco legal descrito, el examen de idoneidad dentro del contexto del test de ponderación, consiste en verificar, si la medida legislativa de restricción de la libertad de trabajo del no huelguista recogida en el artículo 62° del D.S. 011-92-TR y el artículo 77° del D.S. 010-2003-TR, conduce efectivamente al libre ejercicio del derecho de huelga; es decir, corresponde verificar que la mencionada restricción, conduce efectivamente al logro de los fines para los cuales se ejecuta la medida de paralización, como puede ser: lograr que la empresa esté presta a negociar colectivamente cuando se ha roto el trato directo y se tenga por fracasada la etapa de conciliación; que cumpla lo

establecido en un convenio colectivo o disposición legal; que cumpla un mandato judicial que tenga la calidad de consentido y ejecutoriado; que brinde determinadas condiciones laborales, etc.

Al respecto, de lo observado en la realidad podemos afirmar que la restricción del derecho a la libertad de trabajo de aquellos que prefieren continuar laborando; no siempre permite el logro de los fines para los cuales se ejecuta la medida de huelga; dado que, en principio, tal restricción a la libertad de trabajo no garantiza de modo alguno que la huelga realmente consiga los fines que persigue; toda vez que, conforme lo señalado por la doctrina en forma mayoritaria, la huelga es no es un fin en sí misma, sino un medio para lograr un fin, es decir, estamos ante un legítimo derecho a causar daño al empleador, con la finalidad de que la presión generada en este por la falta de los trabajadores que se encuentran acatando la medida de paralización genere que el empleador acate total o parcialmente los requerimientos de los trabajadores; no obstante, al ser un únicamente un medio para lograr un fin determinado, es perfectamente posible, y de echo sucede con frecuencia que pese a que la medida de paralización sea llevada a cabo con la suspensión de todos los trabajadores comprendidos en un determinado ámbito, no logra los fines pretendidos, afectado así de manera innecesaria el derecho a la libertad de trabajo del no huelguista obligado a dejar de laborar cuando la paralización es acordada por la mayoría de trabajadores del ámbito al cual este pertenece.

Como se puede apreciar, tal cual se encuentra establecida nuestra legislación, existen situaciones en las cuales, trabajadores disconformes con la medida de paralización son obligados por imperio de la Ley a dejar de laborar debido a una huelga decidida en forma mayoritaria, la misma que, probablemente no genere el efecto deseado o planificado; en vista que, el empleador no se encuentra obligado a acatar los requerimientos de los trabajadores por el simple ejercicio del derecho de huelga, el cual como se indicó anteriormente consiste únicamente en un mecanismo de autotutela para lograr un fin pretendido, es decir, su ejercicio no garantiza de modo alguno la obtención de los fines que esta persigue.

En ese sentido, la doctrina mayoritaria ha considerado a la huelga como un medio de acción sindical de autotutela; la cual constituye un conflicto en sí mismo porque

deviene en un enfrentamiento entre el trabajador y el empleador; no obstante, se trata de un medio de solución de conflictos, en el que una de las partes impone la solución en virtud a una potestad otorgada por el ordenamiento jurídico (Vidal 2014).

Sobre lo indicado, Mario Pasco refiere que la huelga como derecho instrumental, no busca el daño por sí misma; sino que, se trata de un medio para obtener un resultado; asimismo, quien lo infiere sufre las consecuencias negativas de su ejercicio; en vista que, los huelguistas al abstenerse de trabajar, perturban la producción pero simultáneamente dejan de percibir su remuneración; así, la huelga es también una forma de autolesión, la cual pretende generar daño a la producción de la empresa, a efectos de que esta adopte las medidas pretendidas; sin embargo, puede o no lograr dichos resultados (1996: 199). Siendo esto así, podemos afirmar que la restricción del derecho a la libertad de trabajo de aquellos que no estuvieron conformes con la medida de paralización y desean continuar trabajando, se estaría viendo afectado por una medida que no asegura el logro de los fines que persigue. Situación que se agrava aún más, si tenemos en consideración que la restricción a la libertad de trabajo del artículo 62° del DS 011-92-TR, se encuentra íntimamente relacionada con el derecho constitucional a la remuneración, dado que, como se ha venido señalando en el presente trabajo, durante el ejercicio del derecho de huelga se suspende las principales prestaciones del contrato de trabajo; es decir, la prestación del servicio y consecuentemente la obligación empresarial del pago de la remuneración; la cual, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente Nro. 020-2012-PI/TC, posee naturaleza alimentaria y una estrecha relación con el derecho a la vida y a la dignidad de la persona; por lo tanto, desde mi punto de vista, no resulta idóneo impedir laborar a aquellos que no se encuentran de acuerdo con la medida de paralización; más aún, si esta restricción legislativa no garantiza de modo alguno la real materialización de los fines perseguidos por el derecho de huelga, poniendo en peligro además, derechos fundamentales de primer nivel como el derecho a la vida y a la salud, los

cuales se encuentran estrechamente ligados con el derecho a la remuneración, la misma que se ve mermada durante el periodo de paralización.

2.III.2. FILTRO DE NECESIDAD:

Por su parte, el examen bajo el subprincipio de necesidad exige verificar si una determinada medida que restringe un derecho fundamental es la menos agresiva entre otras igualmente eficaces para alcanzar la finalidad constitucionalmente permitida y perseguida (Castillo 2008: 37). Siendo esto así, debe verificarse si la restricción al derecho de la libertad de trabajo establecida en el artículo 62° del D.S. 011-92-TR, es el único medio eficaz para lograr los fines perseguidos por el ejercicio del derecho de huelga, o si por el contrario, existen otras medidas alternativas, igualmente satisfactorias para el logro de estos objetivos; de modo tal, que no se perjudique o se perjudique en menor grado la libertad de trabajo del no huelguista.

Sobre el particular, nuestra legislación recoge otros mecanismos cuyos fines concuerdan con los de la medida de paralización; es decir, existen otras alternativas legalmente establecidas para lograr los fines pretendidos con el ejercicio del derecho de huelga, siendo quizás el más claro de estos la figura del arbitraje el mismo que se encuentra regulado en el artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el cual establece que *“Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, **podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.**”* (El resaltado es nuestro).

En este orden de ideas, el arbitraje se constituye como un mecanismo alternativo a la huelga, el cual puede imponerse por cualquiera de las partes según lo establecido en el artículo 61° del D.S. 010-2003-TR; siendo la finalidad este, al igual que el derecho de huelga, lograr un acuerdo entre las partes cuando se han visto fracasadas las etapas de tracto directo y conciliación dentro del marco de la negociación colectiva. No obstante ello, a diferencia de la medida de paralización, acudir a un arbitraje no implica que los trabajadores se abstengan de prestar sus servicios y consecuentemente percibir la remuneración correspondiente.

Ahora bien, tampoco se puede desconocer que la figura del arbitraje no responde a todas las motivaciones por las cuales los trabajadores adoptan una medida de

huelga, hay situaciones conflictivas en las cuales el arbitraje no es una opción, tal es el caso del incumplimiento convenios colectivos o normas legales o el incumplimiento de alguna resolución judicial por parte de la empresa; sin embargo, frente a este tipo de circunstancias los trabajadores podría recurrir válidamente a la inspección de trabajo o al poder judicial a fin de hacer valer sus derecho; por tanto, considero que nuestro ordenamiento recoge una serie de mecanismos paralelos al derecho de huelga que poseen fines similares a los pretendidos por la medida de paralización, lo que evidentemente nos lleva a la conclusión que la restricción a la libertad de trabajo del no huelguista, constituye una medida innecesaria, dado que, los trabajadores que buscan algún beneficio o acción determinada por parte de su empleador, adicionalmente al derecho de huelga, se encuentran válidamente facultados de recurrir a otros mecanismos a efectos de hacer valer sus derechos, sin que esto signifique el desconocimiento del derecho de huelga, sino únicamente su ejercicio respetando la libertad de trabajo del no huelguista.

En mi opinión, una posible solución a la situación descrita anteriormente, sería una modificación legislativa, que considere el respeto a la libertad de trabajo de aquellos que no se encuentren de acuerdo con la medida de paralización, otorgándoles a estos, que en minoría no estuvieron de acuerdo con la adopción de la medida de huelga, la posibilidad de acudir a cualquier otro mecanismo previsto por nuestra legislación con la finalidad de ver tutelados sus derechos; Por otro lado, en lo que respecta al derecho de huelga, considero que los beneficios logrados mediante la medida de paralización no deberían extenderse a quienes no participaron de la misma; dejando a salvo de esta manera el derecho a la libertad de trabajo de aquellos que prefieren continuar laborando, derecho que podría coexistir perfectamente con el derecho de huelga ejercido únicamente por aquellos que prefieren el curso de la paralización.

2.III.3. TEST DE PROPORCIONALIDAD

El análisis bajo el sub principio de proporcionalidad propiamente dicho, implica determinar qué tanto se afecta un determinado derecho por el ejercicio de otro; toda vez que, cuanto más se afecta un determinado derecho, mayor deberá ser la satisfacción de otro; implica compensar adecuadamente cuánto de un derecho y

cuánto de otro se deja de poner en ejecución para satisfacer equitativamente la aplicación de los dos (Rubio 2011: 87), solo así estaríamos frente a una medida proporcional.

Siendo esto así, en mi opinión la medida legislativa establecida en el artículo 62° del D.S 011-92-TR, restringe el derecho a la libertad de trabajo al señalar que la huelga declarada observando los requisitos legalmente establecidos, genera la suspensión de la relación laboral de todos los trabajadores comprendidos en el ámbito de la paralización. Esto quiere decir que, el resto de trabajadores que no estuvo de acuerdo con la adopción de la medida de huelga, será sometido a las mismas condiciones de los huelguistas, generándose la suspensión perfecta de sus contratos de trabajo, lo que consecuentemente implica no percibir la remuneración correspondiente.

En este orden de ideas, desde mi punto de vista, el impacto negativo que se genera en el derecho a la libertad de trabajo es evidente, un trabajador que desea continuar laborando es impedido legislativamente de hacerlo porque la mayoría de sus compañeros decidieron paralizar sus labores con la finalidad de conseguir algún beneficio o alguna acción determinada por parte de su empleador, esto en mi opinión vulnera el derecho a la libertad de trabajo de aquellos que desean continuar laborando, situación que se agrava aún más, si se tiene en cuenta que, la remuneración que dejarán de percibir al producirse la suspensión perfecta de sus contratos, en la mayoría de las veces es el medio de sustento del trabajador y su familia, derecho que se encuentra íntimamente ligado al derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de la persona, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional; siendo esto así, estaríamos frente a una afectación grave a la libertad de trabajo de los no huelguistas la cual se ve limitada prácticamente en su totalidad para dar pase al derecho de huelga.

Ante el escenario descrito, como se dijo anteriormente, una posible solución a la vulneración que viene sufriendo la libertad de trabajo, podría ser establecer legislativamente el respeto a este derecho durante el ejercicio de la huelga, como ocurre en la legislación española; más aún si tenemos en cuenta que existen otros mecanismos de solución de conflictos que persiguen fines similares a los de la

media de paralización; asimismo, es importante destacar que con esta medida, el derecho de huelga no se vería afectado en su contenido esencial jurisprudencialmente establecido, máxime si consideramos que la paralización de los trabajadores, no asegura de modo alguno que el empleador se disponga a cumplir lo solicitado por los huelguistas; es decir, en mi opinión estaríamos frente a una limitación de un derecho fundamental restringido prácticamente en su totalidad para dar pase al derecho de huelga cuyo ejercicio, como se dijo anteriormente, no garantiza que se consigan los objetivos perseguidos por la paralización.

Por otro lado, conforme lo ha señalado la doctrina, el derecho de huelga está integrado por tres elementos básicos: la omisión de trabajar, la voluntad de reclamo o protesta y el carácter colectivo del acto (citado en Vidal 2014: 53); siendo esto así, la doctrina en la materia plantea una visión conservadora y otra moderna del citado derecho, donde la primera de estas considera que la huelga tendría una sola modalidad, el cese total y continuo de labores con abandono del centro de trabajo; por otro lado, la visión moderna plantea que la calificación de la huelga no debería estar sujeta a la forma de su ejecución, sino que debería bastar con alterar el normal funcionamiento de las labores del empleador, por lo que no interesa la suspensión total del trabajo o el abandono del centro de labores; llegándose a sostener incluso que esta visión moderna del derecho de huelga, por su amplitud, respondería de manera más idónea al objeto perseguido por esta (Vidal 2014: 53-54). Siendo que de adoptarse la visión moderna del derecho de huelga, desde mi punto de vista, no se vería afectado el contenido esencial del mencionado derecho; asimismo, el derecho de aquellos que adoptaron la medida de paralización, tampoco se vería afectado, por cuanto se estaría ejecutando respetando las condiciones que componen el derecho de huelga, esto es: la alteración de labores en el centro de trabajo generado por la ausencia de aquellos que se encuentran ejecutando la medida de paralización; la intención de reclamo que se pretende del empleador y finalmente el carácter colectivo, al ser adoptado por la mayoría de trabajadores.

Por lo dicho hasta el momento, considero que la restricción legislativa a la libertad de trabajo contenida en nuestra legislación, no es una medida proporcional; toda vez

que, estaría restringiendo casi en su totalidad a la libertad de trabajo del no huelguista, siendo considerada ésta como una restricción grave según la doctrina.

3. EL DERECHO DE HUELGA BAJO LA MIRADA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD.

El derecho de huelga, conforme se señaló anteriormente, se encuentra regulado en nuestra Constitución en el artículo 28°, el mismo que indica “*el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático (...)*”; siendo que, respecto de este último, lo regula para que se ejerza en armonía con el interés social, estableciéndose excepciones y limitaciones; en vista que, durante el ejercicio del citado derecho es frecuente encontrar situaciones en las que entra en conflicto con otros derechos fundamentales; siendo materia del presente artículo el conflicto suscitado con la libertad de trabajo de los no huelguistas.

Como se dijo anteriormente, respecto de este derecho, la doctrina asume dos posturas, una clásica o conservadora y una concepción moderna del derecho de huelga; siendo que, es bajo esta concepción “conservadora” o “estática”; que la huelga ha sido definida en nuestra legislación, en el artículo 72° del D.S. 010-2003-TR como “*la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo*”. Esto es, la huelga, en nuestro ordenamiento jurídico, implica que sea adoptada por acuerdo mayoritario de los trabajadores de un determinado ámbito y con el consecuente abandono del centro de trabajo; sumado a ello, el artículo 62° D.S. 011-92-TR señala que: “*(...) **La huelga declarada, observando los requisitos legales establecidos, produce los siguientes efectos: a) Si la decisión fue adoptada por la mayoría de los trabajadores del ámbito comprendido en la huelga, suspende la relación laboral de todos los trabajadores comprendidos en éste.*** Así también, en el artículo 77° del TUO de la Ley, indica que “*La huelga declarada observando lo establecido en el artículo 73°, produce los siguientes efectos: A) Determina la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos, (...), B) Suspende todos los efectos de los contratos*”

individuales de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración, sin afectar la subsistencia del vínculo laboral.” (Subrayado y negrita agregados).

Así pues, en mi opinión, nuestro ordenamiento jurídico ha recogido una concepción del derecho de huelga que, en lo que se refiere a su materialización, termina restringiendo el derecho fundamental de libertad de trabajo de aquellos que desean continuar prestando sus servicios durante la paralización, a efectos de que sigan generando su remuneración.

Frente a esta concepción conservadora o estática del derecho de huelga, se enerva la concepción moderna del mismo, la misma que conceptualiza al derecho de huelga como *“toda perturbación producida sobre la forma habitual de prestación de labores* (Huarcaya 2015: 4)”. Así, conforme lo señala Huarcaya Lizano, la concepción conservadora del derecho de huelga niega en su esencia el carácter conflictivo que por naturaleza se encuentra en toda relación de trabajo; y citando a Palomeque señala que *“El conflicto social está implícito en la relación de intercambio de trabajo por salario y su contraposición de intereses”* (citado en Huarcaya 2015: 4); afirma que todo el trasfondo reivindicatorio que trae consigo la huelga no podría ser admitido si nos limitamos a mantener esta visión estática.

En efecto, la huelga es la materialización de los conflictos que por su naturaleza se presentan constantemente en la relación de trabajo; sin embargo, el artículo 81° del TUO de la Ley limita este derecho y señala que *“No están amparadas por la presente norma las modalidades irregulares, tales como paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo.”*; y más adelante, establece en su artículo 84° que *“La huelga será declarada ilegal: (...) c) Por incurrirse en alguna de las modalidades previstas en el artículo 81.”*

Es este orden de ideas considero que, desde el momento en que nuestro ordenamiento restringe el ejercicio del derecho de huelga a una sola modalidad, limita en gran medida la posibilidad de lograr sus fines perseguidos a través de otras tantas modalidades atípicas existentes, que para nuestra legislación son

denominadas “modalidades irregulares” y las sanciona con la declaratoria de “huelga ilegal”, no dando lugar a otras modalidades que permitan a quienes no se encuentran de acuerdo con la paralización continuar laborando lo que se traduce en el cese del cálculo de su remuneración por el tiempo que se extienda la medida de paralización.

No obstante lo señalado por nuestra legislación, el Tribunal Constitucional al abordar el contenido esencial del derecho materia de comentario, señala lo siguiente:

“(...) son garantías o facultades del contenido esencial del derecho de huelga las siguientes:

(i) Ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.

(ii) Convocar dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.

(iii) Establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.

(iv) Adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.

(v) Determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado (TC 2009: 1).”

De esta manera el supremo interprete de la constitución, reconoce el ejercicio negativo del derecho de huelga; siendo que, a mi entender, esto se materializa en la decisión del trabajador de no sumarse a la medida de paralización, que no es otra cosa que continuar laborando; toda vez que, si nos remitimos al concepto legal de este derecho, según el artículo 72° del D.S. 010-2003-TR, huelga es “*la suspensión colectiva del trabajo*”; siendo lógico que el no ejercicio de este derecho signifique la continuidad del trabajo.

En este orden de ideas, conforme se señaló anteriormente, la medida propuesta en el presente trabajo de otorgar a los no huelguistas la posibilidad de recurrir a otros mecanismos de solución de conflictos, o de simplemente tomar la decisión de no

sumarse a la medida de paralización y continuar laborando; debería partir del cambio de concepción estática del derecho de huelga que se encuentra arraigada en nuestra legislación, permitiendo la coexistencia del derecho de huelga y la libertad de trabajo sin la necesidad de menoscabar a uno de ellos. Siendo importante señalar que con la medida propuesta, no se estaría vulnerando el contenido esencial del derecho de huelga establecido por nuestra jurisprudencia; toda vez que, este derecho no estaría siendo sometido a limitaciones que lo hagan impracticable o que dificulten su ejercicio más allá de lo razonable.

4. DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO, BAJO LA MIRADA DEL TEST DE PONDERACIÓN.

Como se dijo anteriormente, la doctrina de manera mayoritaria ha considerado a la libertad de trabajo como aquel derecho que tiene todo individuo en capacidad de laborar, de decidir básicamente lo siguiente: si trabajará o no; de trabajar, deberá decidir si lo hará de forma independiente o subordinada, y finalmente, decidir en qué momento dejar de laborar; no obstante, a efectos del presente trabajo, hemos adoptado una visión más amplia del citado derecho, considerando que la libertad de trabajo no estaría circunscrita únicamente al inicio y término de la relación laboral, sino que además estaría presente durante el desarrollo de esta; siendo esto así, la libertad de trabajo podría considerarse entonces de la siguiente manera:

- Al inicio de la relación laboral, conforme lo señala la doctrina de modo mayoritario, este derecho se manifiesta como aquella libertad que tiene el trabajador de decidir si trabajará o no, y de decidir trabajar, deberá determinar si lo hará de manera subordinada o independiente.
- Durante la relación laboral, conforme lo señala el Dr. Quiñones, la libertad de trabajo se manifiesta en aquella libertad que tiene el trabajador para decidir laborar para otro empleador distinto con el que ya mantiene un vínculo laboral (pluriempleo).
- Durante la relación laboral, conforme se pretende sostener en el presente trabajo, cuando es ejercida conjuntamente con el derecho de huelga, la libertad de trabajo se manifiesta con el respeto de la decisión de los

trabajadores de sumarse o no a la medida de paralización, que en buena cuenta significa decidir si continúan o no laborando.

- Al término de la relación laboral, conforme lo señala la doctrina de modo mayoritario, la libertad de trabajo se manifiesta como aquella decisión del trabajador de dejar de prestar sus servicios en cualquier momento.

Es este orden de ideas, considero que la libertad de trabajo implica también aquel derecho del trabajador de decidir si ira a laborar o no para el empleador con el que ya mantiene una vínculo laboral, esto en ejercicio de la autodeterminación que debería poseer toda persona de decidir si acudirá a laborar con la finalidad de generar su remuneración, o si por el contrario, en ejercicio de su libertad de trabajo decida no acudir al centro de labores, sea por los motivos que fuere; por lo tanto, considero que el artículo 62° del D.S. 011-92-TR, así como el artículo 73° del D.S. 010-2003-TR, contienen una restricción que no necesariamente hace posible que la huelga logre los fines que persigue, tratándose además de una medida innecesaria, siendo que existen otros mecanismos que persiguen fines similares al derecho de huelga y que no generan impacto alguno en los derechos de los demás trabajadores, como es el caso del arbitraje, el cual desde la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el caso conocido como “portuarios” puede ser solicitado sin expresión de causa alguna, a través del llamado “arbitraje incausado”; asimismo, constituiría una medida desproporcionada, en vista que, se estaría restringiendo a la libertad de trabajo casi en su totalidad, constituyendo según la doctrina una restricción grave.

Por otro lado, en mi opinión la libertad de trabajo se encuentra en estrecha vinculación con el derecho a la remuneración, que finalmente si no es el fin supremo de toda relación laboral, es de los más importantes para el trabajador, el mismo que según lo establecido por el Tribunal Constitucional tiene además una estrecha vinculación con el derecho a la vida y a la dignidad de la persona al poseer un carácter alimentario; por lo que considero que nuestra legislación no debería recoger tal restricción al derecho materia de comentario, debiendo establecerse a nivel legislativo el respeto a la libertad de trabajo durante el ejercicio del derecho

de huelga, conforme sucede en la legislación española donde el artículo 6.4° del Real Decreto-Ley 17/1977, establece que durante el ejercicio del derecho de huelga, *“se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga”*; siendo que, conforme se indicó anteriormente una medida de este tipo, no afectarían en modo alguno el contenido esencial del derecho de huelga, el cual seguiría manteniendo sus elementos principales y primordiales; medida que además se encontraría acorde con lo señalado por la OIT en su texto denominado *“Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”*, donde señala *“EL Comité de Libertad Sindical reconoce el principio de la libertad de trabajo de los no huelguistas (OIT, 1996, párrafo 586 y OIT, 1998C, 310 informe, párrafos 496 y 497)”*

Por lo dicho hasta el momento, es que considero que estamos frente a una restricción legislativa que afecta directamente al derecho a la libertad de trabajo que debería ser modificada, a efectos de garantizar la efectiva realización del citado derecho, el mismo que podría coexistir perfectamente con el derecho de huelga.

5. CONCLUSIONES:

- I. Durante el ejercicio del derecho de huelga, es perfectamente posible encontrar situaciones en las cuales entra en conflicto intereses de huelguistas con intereses de terceros; siendo uno de estos casos la situación de aquellos trabajadores que no se encuentran de acuerdo con la medida de paralización y desean continuar laborando (trabajadores no huelguistas); los cuales, son impedidos de continuar trabajando de acuerdo a lo establecido por artículo 62° del D.S. 011-92-TR; constituyendo dicha medida una vulneración a la libertad de trabajo, vista ésta como aquella autodeterminación que tiene todo trabajador con vínculo laboral vigente para decidir libremente si acudirá o no a laborar con la finalidad de generar los ingresos económicos necesarios para su subsistencia; pudiendo afirmarse que libertad de trabajo constituye entonces la libertad que tiene el trabajador de decidir si trabaja o no, si lo hace de manera independiente o subordinada; si trabaja para más de un empleador, si concurre a laborar o no

para su actual empleador y finalmente decidir en qué momento cesar sus labores.

II. La ponderación de derechos es una herramienta destinada a establecer qué derecho o principio debe prevalecer ante una situación de conflicto, siendo la herramienta idónea a fin de determinar si la privación legal a la libertad de trabajo contenida en el artículo 62° del D.S. 011-92-TR, es una medida necesaria, idónea y proporcional; o si por el contrario se trataría de una medida desproporcionada e innecesaria tendiente a restringir la libertad de trabajo de aquellos que deseen continuar laborando durante el desarrollo del derecho de huelga; siendo esto así, bajo la mirada del referido test, la privación legal a la libertad de trabajo contenida en el artículo 62° del D.S 011-92-TR, no resulta ser una medida idónea; toda vez que, impedir continuar laborando a los trabajadores no huelguistas, no asegura de modo alguno que la huelga logre los fines para los cuales es ejercida; dado que, el derecho de huelga como derecho instrumental, no constituye en sí mismo un fin, sino un mecanismo para lograr un determinado fin; asimismo, constituye una medida innecesaria; en vista que, la huelga no es el único medio que poseen los trabajadores para conseguir los fines perseguidos; dado que, existen otros mecanismos como el arbitraje o la inspección laboral que pueden lograr objetivos similares a los buscados por la medida de paralización e incluso de una manera más rápida y efectiva, sin necesidad de vulnerar derechos de terceros; finalmente, se trata de una medida desproporcionada; en vista que, de respetarse la libertad de trabajo del no huelguista, no se afectaría de modo alguno el derecho de huelga en su contenido constitucionalmente protegido; no obstante, conforme se encuentra establecida nuestra legislación, ante una situación de paralización acordada por la mayoría de trabajadores, el derecho a la libertad de trabajo del no huelguista se ve limitada prácticamente en su totalidad.

III. El derecho de huelga puede ser visto desde dos perspectivas, una conservadora recogida por nuestra legislación que conceptualiza al citado derecho como la paralización de labores acordada de modo mayoritario con el consecuente abandono del centro de trabajo de todos los trabajadores comprendidos dentro

de un determinado ámbito; y otra moderna que ve al derecho de huelga como toda perturbación producida sobre la forma habitual de prestar las labores; siendo esto así, nuestra legislación deja fuera del concepto de huelga distintas modalidades que permitirían la coexistencia del derecho de huelga y libertad de trabajo a las que denomina “irregulares”.

- IV. La solución al conflicto suscitado entre el derecho de huelga y libertad de trabajo, podría encontrar solución en una modificación legislativa, la cual garantice el ejercicio de la libertad de trabajo de aquellos que no se encuentran de acuerdo con la medida de paralización y desean continuar laborando; más aún, si tenemos en cuenta que según lo indicado por el supremo intérprete de la Constitución el derecho de huelga en su contenido esencial, contempla también una dimensión negativa, vista esta como el derecho de no ejercitar dicho derecho o derecho de no sumarse a la medida de paralización, lo cual no significa otra cosa que el derecho de continuar laborando de aquellos disconformes con la medida de huelga.

Bibliografía

ÁGREDA, J.

2011 "La representación Sindical en la negociación colectiva por parte de una Organización de Grado Superior". *Derecho y Sociedad*, XXI(37), 254.

ALEXY, Robert

1989 "*Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*". (M. Atienza, & I. Espejo, Trans.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1993 "*Teoría de los derechos fundamentales*". (E. G. Valdés, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

2007 "*Teoría de los derechos fundamentales*" (Segunda ed.). (C. Bernal, Ed.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BARRETO, Hugo

2006 "Cinco temas actuales y polémicos en el derecho colectivo del trabajo". *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 45(0), 13-46.
doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v45i0.8745>

BERNAL, Carlos

2005 "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales". En E. F. Cáceres, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho* (págs. 17-35). México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

BOZA, Guillermo.

2008 "La protección constitucional de la libertad sindical". En Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la S.S., *Trabajo y seguridad social : estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez* (págs. 333-360). Lima: Grijley.

BURGA, Angélica. M.

2011 "El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". *Gaceta Constitucional*, 47, 253-268.

CARBONEL, Miguel

2008 "El principio de proporcionalidad y los derechos". En M. CARBONELL (1ra Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 9-12). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

CASTILLO, Luis

2005 "¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?
Cuestiones Constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional, (12), 99-119

2008 "Principio de proporcionalidad y habeas corpus". *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal* , 25-57.

CLÉRICO, Laura

2007 "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto". En M. Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 100-133). Bogotá: Universidad del Externado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

2009 "EXP. N.º 00026-2007-PI/TC". Lima: Sentencia: 28 de abril de 2009. Consulta: 01 de Octubre de 2016,

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00026-2007-AI.html>

ERMIDA, Oscar, & VILLAVICENCIO, Alfredo

1991 "*Sindicatos en Libertad Sindical*" (3ra ed.). Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo.

GALAGER, M.

2014 "Infobae: Derecho de huelga y derecho de trabajar. *Infobae*. Consulta: 12 de mayo de 2016.

<http://opinion.infobae.com/marcos-gallacher/2014/04/07/derecho-de-huelga-y-derecho-de-trabajar/>

Hernández, Francisa

2010 "LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA: MARCO PARA UNA EVENTUAL REGULACIÓN LEGAL, INFORME "El tiempo de los derechos". *Huri-Age consolider ingenio*(22).

HUARCAYA, Carlos

2015 "*Derecho de Huelga, Esquirolaje e Inspección Laboral*". Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

LARRAÑAGA, Nelson

2006 "*Ferrere Abogados: Ocupaciones: Primera sentencia que declara su ilegitimidad por violar derechos constitucionales*". Recuperado el abril de 2016, de Ferrere Abogados Web site:
<http://www.ferrere.com/novedades/publicaciones/ocupaciones>

MARCOS-SÁNCHEZ, José., & RODRÍGUEZ, Eduardo.

2013 "*Manual para la Defensa de la Libertad Sindical*". Lima: OIT/ Oficina de la OIT para los Países Andinos.

NEVES, Javier

2001 "Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho a la Estabilidad en el Trabajo. *Derecho y Sociedad*, XII(17), 24-26.

OPERTTI, Paola, & Marabotto, Andrés

2008 "Libertad Sindical Negativa en el Ordenamiento Jurídico Uruguayo. *Revista De Derecho* (15105172), 7(14), 37-52.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

1950 "*Organización Internacional del Trabajo (OIT)*". Recuperado el 09 de Abril de 2016, de Organización Internacional del Trabajo (OIT)

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312232:NO

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

1951 "*Organización Internacional del Trabajo (OIT)*". Recuperado el 09 de Abril de 2016, de Organización Internacional del Trabajo (OIT) Web site:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312243:NO

PASCO, Mario.

1996 "La huelga en Perú". En M. Pasco, *La huelga en Iberoamérica* (págs. 197-228). Lima: Aele.

PÉREZ, Joaquín

2006 "El enfrentamiento y el derecho al trabajo (a propósito de la STC 80/2005 de 4 de abril). *Relaciones Laborales*, 453-467.

PRIETO, Luis

2007 "*Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*". . Lima: Palestra Editores.

QUINTANILLA, Raquel

2008 "El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. Derecho del Trabajo*(73), 337-367.

QUIÑONES, Sergio

2007 "*La libertad de trabajo*" : vigencia de un principio y derecho fundamental en la relación laboral. Lima: PALESTRA.

RUBIO, Marcial

2011 "*El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*". Fondo Editorial PUCP, 2011, P. 87. Arequipa : Fondo Editorial PUCP.

VIDAL, Michael

2014 "Los límites internos del derecho de huelga y la anacrónica visión del ordenamiento laboral peruano. *FORO JURÍDICO*(03).

VILLAVICENCIO, Alfredo

1999 "*La libertad sindical en el Perú*". Organización Internacional del Trabajo (OIT).

2010 "*La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*". Lima: PLADES, Ed. 127.