

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**DEFINICIÓN DE TRABAJADOR NO HUELGUISTA A PARTIR DE LA
REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

**AUTOR
LUIS ANGEL QUIROZ YZAGA**

**ASESOR
LEYLA IVON VILCHEZ GUIVAR DE ROJAS
<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>**

Chiclayo, 2022

**DEFINICIÓN DE TRABAJADOR NO HUELGUISTA A PARTIR
DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

PRESENTADA POR:

LUIS ANGEL QUIROZ YZAGA

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Guillermo Enrique Chira Rivero

PRESIDENTE

Vera Luccia Baylon Chevez

SECRETARIO

Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas

VOCAL

Dedicatoria

A Dios, guía de mi vida.

A José Quiroz y Beatriz Yzaga, mis padres, por todo lo que han influenciado en mi vida.

A Juana Chávez Becerra, mi abuelita, le dedico esta investigación y un eterno abrazo al cielo, donde sé que se encuentra.

A Daniela, para quien me faltan palabras de gratitud.

Agradecimientos

A mi asesora, Leyla Vílchez por su pasión al apoyar esta investigación, por su valioso tiempo y aportes invaluableles.

A Javier H. Espinoza, maestro en mi carrera, siempre al tanto de mis progresos y logros.

A Vera Baylón, docente que colaboró con esta investigación.

A Desireé Tello, por su tan acertada traducción del resumen de esta investigación.

Índice

Resumen	5
Abstract	6
Introducción	7
1. Revisión de la literatura	9
2. Materiales y métodos	22
3. Resultados y discusión	23
Conclusiones	34
Recomendaciones	34
Referencias	35
Anexos	39

Resumen

En Perú, cuando un sindicato mayoritario opta por la medida de huelga, fuerza a que, incluso los trabajadores que no se encuentran afiliados a una organización sindical, acaten la medida. Es necesario tener en cuenta que, esta situación se aplica para todas las empresas, como en las empresas agroindustriales, donde, por ejemplo, algunos trabajadores no sindicalizados, y cuyo único sustento es su trabajo para la empresa, se ven forzados a cesar de laborar y, por lo tanto, no percibir su remuneración, muchas veces único sustento de sus familias. Es por ello que, la presente investigación tuvo por objetivo establecer la definición de trabajador no huelguista en el ordenamiento jurídico peruano. Para tal fin, se ha tenido como base los reportes estadísticos emitidos anualmente por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Fue indispensable analizar las menciones que en el derecho comparado se han efectuado al respecto, para determinar los derechos y deberes de este tipo de trabajadores. Así mismo, el derecho de huelga, en cuyo contexto cobra peculiar relevancia la condición de trabajador de no huelguista y, por lo cual se debe evaluar el contenido esencial que ha establecido el Tribunal Constitucional, para sugerir la protección de los derechos y deberes de estos trabajadores. Con motivo de que, el estado actual de la norma nacional tiene una razón de ser, resultó imprescindible tener en consideración la teoría de conflicto de derechos, la cual permite ratificar la utilidad del aporte de esta investigación.

Palabras clave: derecho de huelga, trabajadores, organización sindical, tribunal constitucional.

Abstract

When a majority Peruvian union strikes, it forces non-unionized workers to comply with the measure. This situation applies to all companies, for instance, in agro-industrial companies the only source of income for non-unionized workers is their job. They are forced to stop working meaning they do not receive their income when they are often the only income earner in their household. Henceforth, the aim of this study is to establish the definition of a non-striking worker in the Peruvian legal system. The statistical reports issued annually by the Ministerio de Trabajo y Promocion del Empleo were used as a basis. It was essential to analyze comparative law in order to determine the rights and duties of this type of worker. Likewise, the right to strike, in the context of non-striking workers is particularly relevant. Thus, the essential content established by the Constitutional Court must be evaluated to suggest the protection of the worker's rights and duties. Since the current state of the national law has a reason for being, it is essential to take into account the theory of conflict of rights which validates the usefulness of this study.

Keywords: Non-unionized worker, non-striking worker, strike, income, Peruvian legal system, conflict of rights.

Introducción

Actualmente, en nuestro país existe un alto índice de ejercicio del derecho de huelga, tal situación resulta concretando la paralización de labores por parte de grandes sectores de la población, los cuales, en virtud de ello, no perciben la remuneración correspondiente. De acuerdo con lo señalado por el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo, mediante sus informes denominados “Huelgas en el Perú” de los años 2018 y 2019, en el año 2018 se registraron un total de 54 huelgas en el sector privado, que comprendió un total de 21 496 trabajadores y generó 738 864 horas hombre perdidas.

A partir de los datos estadísticos mencionados, se puede observar que en el transcurso de un año hubo un registro mayor; este aspecto se reviste de importancia porque la normativa laboral vigente permite que, cuando un sindicato mayoritario adopte la medida de huelga, es decir, se paralicen las labores y, en consecuencia, se suspenda la obligación de retribuirlas con la remuneración, incluso los trabajadores no sindicalizados se ven obligados a acatar la medida.

Surge, a partir de lo planteado, la necesidad de examinar el estado actual de este sector de derechos colectivos del trabajo, los cuales son parte de la rama del derecho laboral, que es considerada a nivel mundial como una rama joven, en comparación con otras ramas del derecho; sin embargo, a nivel internacional si existe un desarrollo un tanto más amplio que en nuestro país, el cual no ha logrado consolidar este sector del derecho de manera adecuada.

Sobre esto, el autor Espinoza (2017) señaló que existe una deficiencia legislativa respecto de los derechos laborales, de modo más específico en cuanto a los derechos colectivos de trabajo; en la misma línea, Ortega (2016) refiere un supuesto derecho a continuar laborando y lo atribuye a la categoría de “trabajador no huelguista”, la cual no tiene desarrollo doctrinario en nuestro país y, en consecuencia, carece de una delimitación adecuada respecto de los derechos y deberes que se pudiesen predicar de ella.

El presente trabajo de investigación no resulta ser sencillo pues el desarrollo en cuanto a esta categoría es realmente escaso, únicamente en el Reino de España se han realizado ciertas determinaciones al respecto -la determinación exacta de esta categoría se atribuye a la doctrina pues la normativa española no la contempla literalmente-.

Por otro lado, en el contexto sudamericano, la República de Chile cuya regulación es muy similar a la que encontramos en el Reino de España debería poder interpretarse en el mismo sentido que los doctrinarios españoles han señalado respecto de su ordenamiento jurídico; así pues, los demás países sudamericanos, incluido Perú, tienen una regulación que dista -al menos en forma-, respecto del derecho de huelga, a partir de cuyo contenido esencial emana esta categoría.

La principal consecuencia de la ausencia de una determinación específica de esta categoría -lo cual se evidencia de nuestro ordenamiento jurídico, así como de la construcción jurisprudencial del derecho de huelga realizada por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales-, es que no se puede garantizar la tutela de los derechos y tampoco exigir el cumplimiento de los deberes que le son propios. Por ello es que nos planteamos ¿cómo se debe definir el concepto de trabajador no huelguista a partir del contenido esencial del derecho de huelga desarrollado en el ordenamiento jurídico peruano?

Es, por lo antes expuesto, que con esta investigación se aportan medios que evidencian la necesidad de una regulación más completa del derecho de huelga, empezando por comprender el contenido esencial de este. En adición a ello, lográndose determinar dicha categoría, se podrán delimitar derechos específicos como ya lo ha realizado Ortega (2016) en “El derecho de huelga vs el derecho a continuar laborando, una mirada bajo la perspectiva del test de ponderación”, donde sugiere la garantía del “derecho a continuar laborando”.

Con motivo de ello se plantearon los siguientes objetivos específicos: examinar el contenido esencial del derecho de huelga establecido por el Tribunal Constitucional peruano para a partir de ello sugerir la incorporación de los derechos y deberes de los trabajadores no huelguistas, y determinar los derechos y deberes de los trabajadores no huelguistas en el ordenamiento jurídico peruano a partir de los consignados en el derecho comparado.

En virtud de todo lo señalado, de la verificación de la incompleta regulación del derecho de huelga, en su faz negativa, así como del análisis del derecho comparado e inclusive con el soporte de la doctrina se define concretamente la categoría de trabajador no huelguista.

1. Revisión de la literatura

En este capítulo se desarrollará el marco teórico – conceptual de la investigación, es decir, se expondrán las referencias bibliográficas consideradas y establecidas como antecedentes, así como las bases teóricas científicas y la definición de términos básicos del artículo.

1.1. Antecedentes

Los antecedentes de estudio que se expondrán a continuación comprenden diversas fuentes escritas que guardan correspondencia con las figuras jurídicas contempladas como variables en la presente investigación, así como con el problema establecido.

Miller (2020) en su tesis para optar por el título de segunda especialidad en derecho procesal constitucional y administrativo, “Estudio crítico sobre la protección del derecho a la libertad del trabajo con sujeción a la ley y la función de los colegios profesionales dentro del marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en el proceso de amparo del expediente 00262-2017-0-0401-JR-DC-01 del juzgado constitucional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Ponderación judicial”, presentada a la Universidad Católica de Santa María, el autor de esta investigación desarrolla el contenido constitucionalmente tutelado del derecho a la libertad de trabajo.

Esta investigación resulta importante para la nuestra porque aporta de manera precisa y, con base en sentencias del Tribunal Constitucional, el contenido esencial del derecho a la libertad de trabajo al precisar que importa: i) el derecho a decidir si trabajar o no, por cuenta propia o para otros (independientes o subordinados), y ii) el derecho a cambiar libremente de trabajo y decidir ya no trabajar (derecho de cese).

Chávez (2020) en su tesis para optar por el título de abogado, “Consecuencias del ejercicio del derecho de huelga en los trabajadores del régimen CAS”, presentada a la Universidad de Huánuco, el autor de esta investigación señala múltiples conceptos respecto del derecho de huelga, lo cual permite reforzar en nuestra investigación la idea de ella como un mecanismo para la tutela de los intereses de los trabajadores.

Esta investigación cobra relevancia debido a que, aun cuando se desarrollan los fines de la huelga como derecho, no se establece de manera estricta que sea el único modo de buscar la defensa de los intereses de los trabajadores.

Berrios (2019) en su tesis para optar por el título de segunda especialidad en el programa de segunda especialidad en derecho del trabajo y de la seguridad social, “El derecho a la sindicalización, negociación y huelga, de los trabajadores de dirección y de confianza en el sector privado en el Perú – año 2019”, presentada a la Pontificia Universidad Católica del Perú, la autora señala que “los trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser obligados a abstenerse de laborar en el marco de una huelga” (p.25).

Esta investigación es importante porque a partir de lo señalado por la autora podemos asumir que si tanto el artículo 77 de la Ley de Relaciones Colectivas, como el artículo 70 del Reglamento, Decreto Supremo N°011-92-TR, han establecido que los trabajadores de dirección y confianza no pueden ser obligados a dejar de laborar; entonces, no cabría imposibilitar a un trabajador ordinario el ejercicio de sus labores, máxime si no cuentan con un cargo con deberes especiales.

Rodríguez (2018) en su tesis para optar por el título de abogado, “El derecho de huelga en el Perú: Análisis jurídico-laboral”, presentada a la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, el autor de esta investigación despliega un análisis exhaustivo del derecho de huelga; en esta investigación ha conceptualizado esta institución jurídica, haciendo un análisis de su naturaleza jurídica, así como también ha desarrollado un análisis de la regulación en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

Esta investigación es importante debido a que aporta el conocimiento de los aspectos fundamentales de este derecho, partiendo por entender que surge de la propia relación laboral que, a su vez, responde a necesidades sociales que han sido reguladas jurídicamente; por otro lado, aporta los modelos variados de huelga, lo cual permite entender que existen doctrinariamente, incluso dentro del mecanismo de huelga varios modos de efectuar la autotutela de intereses de los trabajadores.

Avilés (2018) en su tesis para optar por el grado académico de maestro en derecho, “Huelga laboral un derecho constitucional en los trabajadores de la empresa minera ARASI S.A.C. LAMPA 2017”, presentada a la Universidad Néstor Cáceres Velásquez, el autor indica en sus bases teóricas las nociones fundamentales vinculadas al derecho de huelga, desde su concepción legal, los efectos que produce y su regulación constitucional, entre otros aspectos.

Esta investigación cobra relevancia debido a que del desarrollo realizado respecto del derecho de huelga permite establecer que este derecho parte de una necesidad social, lo cual conlleva a su regulación normativa (por lo que sirve para sustentar el carácter socio-jurídico de este derecho, así como de otros derechos laborales).

En tal sentido ha señalado que la huelga funge como un mecanismo de solución de conflictos que tiene como objeto principal la defensa de los intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores; sin embargo, al no afirmar que es el único mecanismo, nos permite concluir que un trabajador puede optar por otras vías para defender sus intereses.

Adicionado a ello, como producto de la investigación mencionada, se ha indicado dentro de sugerencias los efectos del ejercicio de huelga: la suspensión del contrato de trabajo y el consecuente impago de conceptos remunerativos, así como la situación de alta especial; aunado a ello, se resalta que la relación laboral de los trabajadores que no hagan huelga no se ve suspendida aun cuando resulte imposible asignarles trabajo.

Osorio (2017) en su tesis para optar por el título de abogada, “Conflicto entre el derecho constitucional al trabajo y el impedimento laboral por razón de parentesco, analizado en el distrito judicial de Áncash”, presentada a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, la autora señala en sus bases teóricas el carácter social de los derechos laborales, lo cual permite argumentar el análisis desde una teoría socio-jurídica; asimismo ha tenido a bien el análisis de los derechos laborales en la Legislación Nacional, así como también ha efectuado una síntesis de los derechos laborales, dentro de la cual ha contemplado el derecho a la libertad de trabajo que es fundamento esencial para alegar un derecho a continuar laborando.

Guevara & Ramírez (2017) en su tesis para optar por el título de abogadas, “Dificultades para acceder a un puesto de trabajo por tener antecedentes penales”, presentada a la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, las autoras ponen de manifiesto la relevancia de la regulación constitucional del trabajo, como un derecho y deber, base del bienestar social y familiar.

Esta investigación es importante debido a que ha incluido como objeto de estudio la libertad de trabajo, derecho que concede a su titular la capacidad de autodeterminación para elegir trabajar o no.

Arque (2016) en su tesis para obtener el grado académico de maestra en derecho, “La violencia en los conflictos sociales en el Perú bajo un enfoque de derechos humanos”, presentada a la Universitat Pompeu Fabra, la autora ha señalado la naturaleza de los conflictos sociales, señalando que son inherentes a la condición humana y a la vida en sociedad, previo a un proceso de diálogo y negociación para efectuar modificaciones conforme a las expectativas y necesidades de los ciudadanos.

Esta investigación es importante debido a que la concepción de conflictos sociales desarrollada por la autora permite afirmar que uno de estos tipos de conflictos es la huelga, la cual es compatible con la naturaleza y la finalidad de los conflictos sociales; esto permitirá argumentar el carácter social del ejercicio del derecho de huelga, así como los demás derechos laborales que sean concomitantes a un conflicto social (entiéndase los derechos de libertad de trabajo, libertad sindical, etc.).

Ortega (2016) en su tesis para obtener el título de segunda especialidad en el programa de segunda especialidad en derecho del trabajo y la seguridad social, “El derecho de huelga vs el derecho a continuar laborando, una mirada bajo la perspectiva del test de ponderación”, presentada a la Pontificia Universidad Católica del Perú, el autor ha señalado que resulta imperioso respetar el derecho a continuar laborando de aquellos trabajadores que no son huelguistas, a partir de la ponderación de este derecho frente al derecho de huelga.

Esta investigación es el pilar fundamental de mi investigación, pues evidencia la necesidad de contemplar en nuestro ordenamiento jurídico, o cuando menos en el ámbito jurisdiccional, el derecho a continuar laborando como un derecho que amerita garantía pues emana de los derechos laborales que la propia Constitución reconoce, como el derecho a la libertad de trabajo.

1.2. Bases teóricas y conceptuales

En este apartado se expondrá y desplegará el desarrollo conceptual de los términos jurídicos dispuestos como variables en nuestra investigación, es decir, se analizarán de forma breve y concisa la teoría conflictivista de derechos, la categoría de trabajador no huelguista y el derecho de huelga.

1.2.1. Teoría conflictivista de los derechos

Respecto del origen de esta teoría, Cabra (2017) considera que se genera a partir de lo que señala como “poca claridad respecto de qué sean los derechos, o más bien, qué significa que alguien “tiene derecho a algo” (p.1); a este respecto, podemos interpretar que se refiere al desconocimiento del contenido esencial de los derechos, por lo que compartimos la opinión del autor, toda vez que, por ejemplo, es el Tribunal Constitucional quien realiza una labor, si es que cabe el término, doctrinaria y, a la vez, delimitadora de estos derechos.

Adicionalmente, cobra peculiar relevancia el contexto de globalización, propio de este siglo, no cabe duda de que, bajo dicho factor, el autor mencionado en el párrafo precedente, citando a Webber (2009) y a Möller (2012), refiriéndose al ámbito doctrinario y jurisprudencial, enfatiza que

se viene desarrollando lo que se denomina como “enfoque común” (received approach) o “modelo global” de los derechos constitucionales.

En consecuencia, Cabra (2017) afirma que dicho enfoque no es una construcción eminentemente teórica, sino que viene justificada por un amplio despliegue práctico a través de los más altos tribunales, Tribunales Constitucionales o tribunales supranacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos, de este modo es que responde a una concepción conflictivista del ordenamiento jurídico.

Al respecto de esta teoría, Alexy (2016) señala que, en la práctica, es decir, en la aplicación del principio de proporcionalidad (el cual tiene carácter absoluto respecto de su validez) nos encontramos ante una situación de relatividad total; sin embargo, lo recomendable es buscar un camino intermedio.

Para tal fin, el autor citado en el párrafo precedente precisa que, es de vital importancia, la discrecionalidad, toda vez que afirma que “la discrecionalidad se conecta con la proporcionalidad en todos los casos en los cuales el análisis de proporcionalidad conduce al resultado conforme al cual dos medidas contradictorias son igualmente proporcionales” (2016, p. 310).

Adicionalmente, Barak (2017), quien realiza un análisis sobre el conflicto entre derechos fundamentales, nos plantea que la respuesta al modo de resolver este tipo de conflictos debe partir del hecho de que el conflicto no debe afectar la validez o el supuesto de hecho de los derechos fundamentales involucradas.

Para Alexy (2017) no cabe afirmar que existe un contenido esencial preestablecido de los derechos fundamentales pues, a su entender, se requiere que tal determinación sea producto de la ponderación. Afirma, el mencionado autor, que esta teoría es de carácter subjetivo y, según ella el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación; en tal medida, toda restricción que se aplique como consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad no lesiona la garantía del contenido esencial aun cuando no se deje nada del derecho fundamental.

Así, Mendonca señala en Grández y Aguiló (2017), que:

Es una situación particular, pues, el derecho que supera a todos los demás es el derecho prevalente, el derecho efectivo, el derecho que prevalece en esa situación. Y si un derecho determinado no pudiera ser superado por ningún otro derecho, en ninguna situación, ese derecho podría ser considerado un derecho absoluto. (p. 175)

Aunado a ello, considera Mendonca (2017) que “el conflicto es un conflicto entre dos derechos que importan y no se resuelve eliminando uno de ellos, sino sólo tomando una decisión sobre cuál de ellos importa más en la situación planteada (...)” (p. 175) y, por ello, “el conflicto entre dos derechos implica que ambos derechos no pueden ser satisfechos simultáneamente (...). Dos derechos se encuentran en conflicto cuando ambos no pueden ser ejercidos y gozados plenamente en una situación determinada” (pp. 175-176).

Desarrollando el ámbito de conflicto entre derechos fundamentales, García señala que los tribunales constitucionales resuelven estos casos empleando el método de la ponderación, y afirma que eso es lo adecuado (2019, p. 51).

En esa misma línea, en congruencia con la concepción de derechos fundamentales, que ve sus normas como principios, que las considera todas o casi todas normas derrotables, García reafirma

que el procedimiento para resolver los conflictos entre derechos fundamentales es el de la ponderación (2019, pp. 82-83).

Planteada así la cuestión, el autor del párrafo precedente afirma que “cualquier norma de derecho fundamental puede entrar en conflicto con otra norma, ya sea otra norma de derecho fundamental o una norma con un principio de otro contenido y puede ser derrotada por ella (2019, p. 83).

Por su parte, sobre la ponderación, Alexy, sostiene que sirve como enfoque para la aplicación de un derecho abstracto a un caso concreto, afirmando que la ponderación es el corazón del enfoque proporcional (2019, p. 334).

Adicionalmente, Barak sostiene, respecto de la validez constitucional, que la forma adecuada de abordar los conflictos de derecho, cuando ambos están compuestos por principios, tal conflicto no afecta ni la validez de los derechos ni su supuesto de hecho (2017, pp. 109-110).

Aunado a ello, el mismo Barak afirma que “se satisfacen las exigencias propias del Estado de derecho siempre que un conflicto constitucional sea resuelto a través del uso de las reglas de la proporcionalidad, cuyos efectos se hacen sentir a nivel infraconstitucional” (2017, p. 112).

De modo descriptivo, Castillo citando a Peces, señala que se tiene el convencimiento de que “al ejercer un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo” (2020, pp. 331-332).

En atención a todos los argumentos mencionados, en el ámbito de eficacia de los derechos fundamentales cabe la colisión de estos por existir la pretensión de los titulares de ejercerlos, lo cual deviene en el confrontamiento y necesidad de establecimiento de límites entre ambos, ello con la finalidad de establecer de manera específica los límites que se adecúen a cada situación en concreto.

1.2.2. Trabajador no huelguista

1.2.2.1. Nociones de trabajador no huelguista en el derecho comparado

Teniendo en cuenta que con esta investigación aportaremos una definición de la categoría de trabajador no huelguista, resulta necesario señalar lo indicado por el doctrinario español López (1993) expresándose respecto de “el derecho del no huelguista” indica que:

(...) el derecho de huelga se configura como un derecho-libertad y no como un deber, de forma que, aunque la huelga haya sido convocada democráticamente por la mayoría de trabajadores, cada trabajador es libre de sumarse o no al paro. Libertad que es protegida incluso penalmente y que comprende el derecho a asistir al centro de trabajo, a realizar, en la medida que sea posible, su trabajo habitual o convenido y percibir su salario. (pp.122-123)

En tal sentido, la normativa española parece regular la categoría de trabajador no huelguista al consignar “aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga”, como tal lo ha tipificado el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo en el siguiente tenor:

Artículo seis.

(...)

Cuatro. Se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga.

(...)

Por otro lado, el país vecino de Chile pareciese que ha tenido a bien, prácticamente en el mismo sentido que el Reinado de España, regular esta figura en su Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo al señalar que:

Artículo 345°

(...)

La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.

(...)

Si interpretamos lo señalado por Ortega (2016) entenderemos que en el contexto del ejercicio del derecho de huelga, derecho constitucionalmente tutelado, convergen tanto el interés colectivo de la o las organizaciones sindicales sino también los intereses individuales de los trabajadores, incluso de aquellos que no se encuentran sindicalizados por lo que en la realidad se materializa el hecho de que serán considerados como trabajadores no huelguistas aquellos que no se encuentren de acuerdo con la medida de paralización o prefieran una solución distinta respecto de sus reclamos.

Si Cabanellas (1996) define como huelguista a aquél sujeto que participa de la huelga, figura que resulta ser una vía de autotutela regulada por el ordenamiento jurídico; será trabajador no huelguista aquél que voluntariamente decida no participar de la realización de la huelga (p. 315).

Por su parte Rendón (2014) señala que el ejercicio del derecho de huelga implica la suspensión del contrato de trabajo, es decir, la cesación temporal de la prestación de la labor y el consecuente impago de remuneración, por el ejercicio de este derecho se considera a un trabajador como huelguista (p.281); contrario sensu, aquel trabajador que no ejercite de manera positiva su derecho de huelga y, por lo tanto, no participe de la huelga y continúe de manera ordinaria la relación laboral, prestando su labor y percibiendo remuneración será considerado como trabajador no huelguista.

El Tribunal Constitucional al definir el derecho de huelga en la STC Exp. N°0008-2005-AI/TC ha señalado que “huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio”; no se pronuncia respecto de lo que se debe entender por trabajador no huelguista, sin embargo, *contrario sensu* podemos afirmar que “no huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente no participar en un movimiento reivindicatorio”.

De los conceptos desarrollados podemos arribar a un concepto propio, en tal sentido afirmamos que es trabajador no huelguista aquel que decide no ejercitar, participar de la materialización de la huelga; como consecuencia de su no participación debe garantizarse que siga prestando de manera efectiva sus servicios en beneficio de su empleador y, por lo tanto, se le retribuya mediante la remuneración correspondiente; no obstante, es fundamental considerar -de cara a tener una comprensión integral de esta categoría de trabajadores-, todos los aportes que realiza Bern (s/f) sobre diversos ordenamientos jurídicos.

1.2.3. Derecho de huelga

1.2.3.1. Regulación en el Perú

El derecho de huelga se encuentra regulado en la Constitución Política de la República del Perú, específicamente en su artículo 28°, dentro del capítulo II que regula los derechos sociales y económicos.

En tal medida, este artículo ha contemplado toda la gama de derechos colectivos de trabajo:

“Artículo 28°. - Derechos colectivos del trabajador

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y trabajadores.”

La mencionada regulación a nivel constitucional, en nuestro ordenamiento jurídico peruano, es coherente, máxime si, en opinión del autor Martínez “el derecho de huelga (...) por lo menos es de raíz constitucional” (2018, p. 220).

A partir de lo contemplado en este artículo el autor Gutiérrez (2020) cita a Blancas (2011) quien identifica que el derecho de huelga, junto con los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, constituyen un todo inescindible al punto tal que resultan indispensables para la noción de derecho colectivo de trabajo (p. 401).

De la Jara (1989) citado por Rioja (2020) señala que por huelga se entiende “cualquier interrupción de la prestación de servicios, decidida por un grupo de trabajadores, con o sin abandono del puesto de trabajo, para la defensa de sus intereses profesionales, ante cualquier instancia en que se ventilen sus intereses” (p. 250).

Es así que Rioja (2020) afirma que la huelga puede ser definida como la suspensión o abstención colectiva y de carácter temporal de la prestación de trabajo, la cual es concertada por las organizaciones sindicales con la finalidad de presionar a la empleadora respecto de determinados intereses de los trabajadores.

Siguiendo esta línea de pensamiento se ha pronunciado Gutiérrez (2020) señalando al respecto del derecho de huelga que “constituye una medida extrema que utilizan los trabajadores a través de sus respectivos gremios para ejercer una medida de presión contra los empleadores, cuando las fórmulas de negociación no han dado resultados” (p. 207).

En cuanto a este derecho el Tribunal Constitucional ha señalado, mediante STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 29, que la huelga consiste en:

“En la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes- y con abandono del centro de trabajo”.

Por su parte, Rioja (2020) sugiere que el derecho a la huelga implica la libertad del trabajador de acatar o no la paralización y, es a partir de ello que, nadie puede ser compelido u obligado si no ha expresado encontrarse a favor de la misma (p. 251).

Por otro lado, en la STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, en su fundamento jurídico 41, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado el contenido esencial del derecho de huelga en los siguientes términos:

“(…) Entre las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparecen las siguientes:

- Facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.
- Facultad de convocatoria dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.
- Facultad de 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.
- Facultad de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
- Facultad de determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.”

En cuanto a la doctrina internacional, Olea y Casas (2001) señalan que para el cumplimiento del fin genérico del sindicato se precisa de medios de acción, uno de ellos es la huelga, derecho fundamental de los trabajadores y de los sindicatos pues constituye un medio esencial para la promoción y defensa de sus intereses profesionales (p. 564).

También está la opinión de Palomeque y Álvarez (2009) quienes, respecto del derecho de huelga, afirman que la huelga “es la medida de autotutela básica de los trabajadores, consistente en (...) abstención o cesación del trabajo, decididos de forma concertada y ejercidos colectivamente por los trabajadores para la defensa de sus intereses” (pp. 424-425).

Palomeque y Álvarez (2009) señalan que el derecho de huelga también tiene un contenido individual, que “se refiere a la actitud del trabajador singular ante una huelga ya convocada, comprende, por su parte, la adhesión a una huelga ya convocada; se entiende por tal el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas” (p.436).

No obstante, lo señalado en las líneas que anteceden, Pacheco (2020) expone que, en nuestro ordenamiento peruano la Autoridad Administrativa de trabajo es competente para reconocer los sindicatos, así como las obligaciones que le son propias; además, las que son propias de los empleadores con la finalidad de garantizar los derechos de naturaleza tanto individual como colectiva -dentro de los cuales se encuentran la negociación colectiva y el derecho de huelga-.

Palomeque y Álvarez (2009) señalan que el derecho de huelga también tiene un contenido individual, que se refiere a la actitud del trabajador singular ante una huelga ya convocada, comprende, por su parte, la adhesión a una huelga ya convocada; se entiende por tal el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas (p.436).

1.2.3.2. Definición y fines del derecho de huelga

La doctrina española brinda enriquecedoras definiciones en materia laboral, en tal medida, Palomeque y Álvarez conceptualizan la huelga como un mecanismo de autotutela básica, cuya titularidad es de los trabajadores; así mismo, señalan que consiste en “la perturbación del proceso productivo del empresario” (2009, p.424).

El mismo autor considera necesario precisar que: “(dicha) perturbación se puede concretar a través de la realización de diversos comportamientos posibles y, principalmente, de la abstención o cesación del trabajo, decididos de forma concertada y ejercidos colectivamente por los trabajadores para la defensa de sus intereses” (2009, p.425).

Por su parte, en síntesis, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 11/1981, ha afirmado sobre la huelga que, durante el desarrollo habitual de la vida social, se manifiesta como una perturbación que incide en el proceso productivo de las empresas -tanto de servicios como de bienes-, destaca además que se realiza de manera pacífica a través del acuerdo de voluntades adoptado por trabajadores y demás sujetos que puedan participar, con el objeto o fin de efectuar la reivindicación de incrementos salariales o de condiciones laborales.

No obstante, es necesario recordar que los conceptos antes señalados no corresponden a la doctrina tradicional, la cual limita el concepto de huelga de modo restrictivo y excluyente a la “cesación temporal” de la prestación de trabajo (Palomeque y Álvarez, 2009, p. 425).

Del mismo modo que en la normativa peruana, en el artículo 7 del Real Decreto Ley 17/1997, se adopta la perspectiva de la doctrina tradicional, sobre ello afirman Palomeque y Álvarez que:

Se concreta de este modo, sin duda, una opción de política jurídica tendente a limitar o restringir la función propia de la huelga como instrumento de “igualación sustancial” de los trabajadores, consiguiéndose de este modo la expulsión del ámbito de tutela del ordenamiento jurídico de una serie de medidas de presión que, sin consistir propiamente en la abstención del trabajo, y situándose por ello extramuros del espacio conceptual previamente delimitado para la categoría “huelga”, reciben no obstante de modo habitual la consideración social de fenómenos huelguísticos. (Palomeque y Álvarez, 2009, p. 425)

En el marco de la doctrina nacional, se puede incluir la opinión del profesor Jorge Rendón Vásquez, quien se refiere a la huelga como una “paralización colectiva y concertada del trabajo realizada por los trabajadores agrupados en una organización de defensa para lograr de los empleadores o autoridades la restitución de un derecho conculcado, o la mejora o la creación de un derecho” (Rendón, 2014, p. 279).

Aunado a ello, Rendón (2014) asevera que: “la huelga no tiene el carácter de un fin en sí mismo, sino el de un medio coadyuvante con los fines de la organización sindical” (p. 279); bajo esa premisa, afirma también que: “la finalidad de la huelga es la misma que la finalidad de la organización sindical, o, si ella no existe, del grupo de trabajadores que decide ponerla en práctica” (p. 280); sobre estas afirmaciones, afirmamos que la huelga es un medio de naturaleza

indispensable para la consecución de los fines sindicales y -en general-, para la tutela de los derechos de todos los tipos de trabajadores.

Rendón afirma que la huelga tiene por fin el desarrollo de presión sobre los empleadores o autoridades, o sobre ambos, para lograr de ellos el cese de conductas que desconozcan un derecho propio de los reclamantes, o que se reconozca su establecimiento si es que no existiese (Rendón, 2014, p. 280).

El maestro Javier Neves Mujica no ha sido ajeno a este tema y ha emitido un concepto suyo respecto de la huelga, diciendo que “puede ser entendida como una medida de conflicto colectivo de los trabajadores, consistente en el incumplimiento deliberado de su prestación laboral debida” (Neves, 2016, p. 53).

Además, Neves (2016) considera que es indispensable recurrir a los modelos de regulación de huelga en el derecho comparado: “el estático (...) y el dinámico (...). El primero define a la huelga como cesación continua y total de labores. El segundo (...) la conceptúa como toda alteración en la forma habitual de prestar trabajo (...) (p. 53).

La huelga, para Neves, en el ordenamiento peruano se acoge claramente al modelo estático; así también, señala que debería tener como móvil la satisfacción de algún interés colectivo en favor de los trabajadores; en tal sentido, dependiendo el modelo que adopte cada ordenamiento jurídico, se comprenderá la posibilidad de satisfacer solo intereses profesionales (modelo estático) o intereses sociales (modelo dinámico) (2016, p. 56).

Por su parte, el Comité de Libertad Sindical, nos recuerda Neves, consideró que “los fines admitidos por nuestra Ley de Relaciones Colectivas de trabajo, que eran solo los profesionales, resultaban limitativos del derecho” (2016, p. 57); de manera específica, el Comité señaló que:

Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores. (Neves, 2016, p. 57)

1.2.3.3. La naturaleza de la huelga

Si queremos determinar la naturaleza del derecho de huelga, es menester recurrir a lo señalado por Matos y Manrique, quienes van al origen del mismo, al afirmar sobre la libertad sindical, que “gran parte de la doctrina señala a este derecho en particular como uno dinámico considerando que su ejercicio permite el goce de otros derechos, como es el caso de la negociación colectiva o de la huelga” (2020, p. 4).

La huelga, para Rendón, es jurídicamente una suspensión del contrato de trabajo, por ello es que se entiende como la cesación temporal de la prestación de la labor sin que, como consecuencia de dicha medida, el contrato de trabajo (2014, p. 281).

A este respecto, Sanguinetti aporta un punto de vista que consideramos fundamental pues señala que “la huelga se concibió de modo instrumental, se percibía como un derecho ‘cuya esencia’ consiste en ‘la producción de un daño’ con el fin de ejercer sobre la contraparte la ‘coacción psicológica’ necesaria para forzarla a adoptar un acuerdo” (2020, p. 4).

En adición a ello, Sanguinetti, precisa que:

El derecho de huelga es, así, un derecho a ‘limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa’; el derecho de huelga comprende, de este modo, la facultad de limitar el uso en clave defensiva de poderes en principio garantizados por la libertad de empresa.

Sin embargo, Ledesma comprende que el derecho de huelga “es un derecho funcional del derecho a la negociación colectiva; ello, atendiendo a que la huelga se ejerce en el contexto de un proceso de negociación colectiva, no en forma independiente” (2020, p. 2).

Refiriéndose a la naturaleza de esta institución de derecho laboral, Palomeque y Álvarez establecen que la noción de huelga está integrada por diversos elementos conceptuales, los cuales son:

1. La huelga es una medida de conflicto colectivo, el instrumento principal de autotutela de los trabajadores en el seno de un conflicto colectivo.
2. La perturbación del proceso productivo en que consiste la huelga se concreta esencialmente en un incumplimiento contractual por parte de los trabajadores, ya que lo que caracteriza en realidad a la medida es “la voluntad deliberada de los huelguistas de colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato de trabajo” (STC 11/1981).
3. La huelga se manifiesta principalmente, desde el punto de vista de la modalidad del comportamiento de los trabajadores que la realizan, en la cesación del trabajo como “la más antigua de las formas de hacer huelga” (STC 11/1981).
4. La huelga es un fenómeno esencialmente colectivo, en la medida en que ha de ser concertada o acordada por los trabajadores, por sí mismos o a través de sus representantes, bien que la decisión de sumarse a una huelga ya convocada corresponda singularmente a cada trabajador. (2009, p. 425)

En suma, Olea y Casas señala que la huelga tiene por naturaleza ser el modo de exteriorización del conflicto colectivo laboral más característico y típico, haciéndolo abierto o patente; por lo tanto, asevera que es un fenómeno social de importancia extrema siendo determinante, el tratamiento que se le dé en un ordenamiento jurídico, para calificar el sistema de relaciones de trabajo de un país (2001, p. 1028).

A partir de dichas afirmaciones, Olea y Casas identifican los siguientes rasgos:

1. Se trata normalmente de la suspensión de la prestación del trabajo, la no realización de la prestación básica del trabajo, aunque puedan existir otras modalidades de huelga (...).
2. Se trata de una suspensión colectiva, lo que quiere decir que la huelga es un fenómeno colectivo por naturaleza, que afecta o en el que interviene una pluralidad o colectividad de trabajadores (...).
3. Se trata de una suspensión, no de una cesación definitiva. En el *animus* de los huelguistas no entra la ruptura definitiva del contrato de trabajo, sino la interrupción por tiempo determinado o indeterminado de sus prestaciones de trabajo, que se reanudarán después (...).
4. La suspensión es concertada, esto es, los trabajadores proceden de consuno, previo acuerdo entre sí o de sus representantes, aunque la deliberación que haya llevado al acuerdo puede

haber sido sumaria y breve o consistido en el acatamiento colectivo a una orden o iniciativa de huelga de sus representantes, sindicales o electivos (...).

5. La suspensión e produce por iniciativa de los trabajadores, lo que la diferencia, en este plano primario de consideración, del cierre patronal (...).

1.2.3.4. La construcción jurisprudencial del derecho de huelga

Se emitió hace 19 años la STC Exp. N° 01124-2001-AA/TC, una sentencia sobre la cual el Maestro Javier H. Espinoza Escobar refiere que, pese a contar con múltiples imprecisiones, emerge como un punto fundamental para que se consolide una reforma progresiva en la rama del derecho laboral (2017, p. 170).

Espinoza hace hincapié en que, partiendo del deber de respeto y cumplimiento de la constitución, se ha progresado en realizar avances en cuanto a la protección de este derecho, así como de otros más; ello atiende a que, cualquier acto que provenga de Derecho Privado que pretenda desconocer derechos fundamentales reconocidos en la Constitución puede ser calificado como inconstitucional (2017, p. 72).

A. El contenido esencial del derecho de huelga

Con carácter previo a señalar el contenido esencial del derecho de huelga contemplado en nuestro ordenamiento, debemos partir de una idea esgrimida por el Maestro Espinoza, quien señala que este derecho se encuentra enmarcado como parte del aspecto funcional de la libertad sindical, derecho que, señala el autor, ha sido dotado de contenido, pero con mucha imprecisión mediante la STC Exp. N°01124-2001-AA/TC, por lo que, es coherente que la construcción elaborada por el Tribunal Constitucional tampoco es satisfactoria (2017, p. 174).

Esta afirmación exhibe algo sumamente controvertido, porque el autor afirma que el aspecto funcional, en el cual se encuentra comprendido el derecho de huelga, es el aspecto que da sentido a la libertad sindical; no obstante, afirma que se encuentra desarrollada de manera inadecuada (2017, p. 182).

Aunado a ello, cobra relevancia de índole sustancial la STC Exp. N° 0008-2005-PI, fundamento jurídico 41, señala que:

Entre las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparecen las siguientes:

- Facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.
- Facultad de convocatoria dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.
- Facultad de 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.
- Facultad de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
- Facultad de determinar la modalidad de la huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.

1.2.3.5. Las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de huelga

A. Prohibición de realizar la huelga

Existe una prohibición de fuente constitucional para ejercitar el derecho de huelga, pues es un derecho reconocido en la Carta Magna, la prohibición de realizarla tiene también un nivel constitucional, por lo tanto, solo están impedidos de efectuarla las personas expresamente indicadas por la Constitución (Rendón, 2014, p. 293).

En tal sentido, Rendón pone de manifiesto que, como lo contemplan los artículos 42° y 153° de la Constitución, se les ha prohibido declararse en huelga a aquellos funcionarios del Estado que ostentan poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza o de dirección, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y a los jueces y fiscales (2014, p. 293).

Adicionalmente, por ley, se encuentran proscritas ciertas modalidades de huelga, en tal sentido, “no están amparadas (...) las modalidades irregulares, tales como la 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” (Rendón, 2014, p. 294).

B. Límites en la realización de la huelga

Sobre los límites para la realización de la huelga, es indispensable identificar si se adopta un modelo estático o dinámico, pues de optarse el segundo, no se reconocen más límites que los emanados de la colisión de derechos fundamentales; por otro lado, en el primer caso se reconocen límites emanados del concepto mismo, por lo que aquello que no se subsuma en tal noción no podrá considerarse huelga (Neves, 2016, p. 59)

1.2.3.6. Los efectos jurídicos de la huelga

La doctrina española señala que los efectos de la huelga se distinguen en función de que su ejercicio se acomode a los requisitos de fondo y de procedimiento previstos por el ordenamiento jurídico (huelga legal), o bien se realice al margen o en contravención del mismo (huelga ilegal) (Palomeque y Álvarez, 2009, p.447).

En este rubro, Neves, plantea fundamentalmente dos cuestiones: el momento y el organismo al que le corresponde la calificación de la huelga y los efectos de una huelga legal o ilegal sobre las relaciones individuales de los trabajadores comprendidos (2016, p. 62).

Atendiendo a lo señalado en el párrafo precedente, respecto de lo primero, la mayor garantía para el ejercicio del derecho derivaría de una declaración posterior y judicial sobre la legalidad de la huelga; sin embargo, la ruta que sigue el ordenamiento jurídico nacional es inversa; calificación previa y administrativa (Neves, 2016, p. 62).

Dentro de ese contexto, Neves nos recuerda que la Autoridad Administrativa de Trabajo se pronunciará sobre la improcedencia de la huelga, con carácter previo al inicio de esta, y la declarará ilegal si:

- a) Se materializa no obstante haber sido declarada improcedente,
- b) Se produce violencia sobre personas o bienes,

- c) Se incurre en una de las denominadas modalidades irregulares,
- d) Se incumple la cobertura de los servicios mínimos o de mantenimiento, y
- e) No se levanta después de notificado el laudo o resolución definitiva. Si se produjera esta última declaración, los trabajadores deberían reincorporarse a la empresa. (2016, 62)

Habiendo hecho dichas precisiones, el citado autor, plantea que debemos distinguir entre los efectos de una huelga legal de los de una ilegal; por consiguiente, cuando sea legal se suspenderán las relaciones individuales, exonerándose el pago de las remuneraciones por parte del empleador, además, no se afecta la acumulación de antigüedad para la CTS y vacaciones (Rendón, 2016, pp. 62-63).

En contraposición, cuando la huelga sea declarada ilegal, “además de perderse las remuneraciones y no ganarse la citada acumulación de antigüedad, se incurre en la posibilidad de un despido por falta grave, consistente en ausencias injustificadas” (Neves, 2016, p. 63).

A modo de acotación, Neves afirma que:

Nos parece razonable que las huelgas legales acarreen pérdida de remuneraciones en el caso de un conflicto económico, en el que los trabajadores sacrifican parte de su ingreso actual para lograr, mediante la negociación colectiva, uno mayor en el futuro cercano; pero en un conflicto jurídico, en el que se pide el cumplimiento de un convenio colectivo vigente, creemos que estamos ante una doble sanción: no se paga la remuneración pactada y, encima, se pierde la de los días de huelga. Hay que tener en cuenta que hoy la mayoría de huelgas se produce por reclamación del cumplimiento de convenios colectivos.

2. Materiales y métodos

En esta investigación de carácter documental, se ha recurrido a diversas fuentes bibliográficas, las cuales se han sometido a análisis, crítica e interpretación, con la finalidad de aportar nuevos conocimientos, en este caso ligados a los objetivos de este artículo de investigación.

Además, para cumplir las metas de este trabajo investigativo se siguieron determinadas actividades, las cuales fueron: 1) La delimitación del problema de investigación; 2) La exhaustiva revisión sistemática, rigurosa y profunda del material bibliográfico; 3) El análisis y reflexión de la información bibliográfica; 4) Elaboración de un esquema de temáticas, que van acorde a los objetivos específicos; y, 5) Identificación de aportes de autores respecto al objeto de estudio de este artículo de investigación.

También, es oportuno precisar que en esta investigación se ha empleado análisis documental, ya que se elaboraron fichas (textuales y bibliográficas), con la finalidad de analizar el material estudiado y poder argumentar las afirmaciones que sustenten los objetivos de esta investigación. A través de este instrumento, se registraron de los datos bibliográficos, conceptos, ideas principales, comentarios o resúmenes sobre los temas desarrollados en este artículo.

Finalmente, consideramos indispensable precisar que se ha seguido un procedimiento determinado para arribar al producto final de esta investigación, el cual consistió en los siguientes pasos: 1) Observación, descripción y redacción de la realidad problemática de la que se desea investigar; 2) Planteamiento y análisis del problema; 3) Planteamiento de los objetivos, general y específicos según el planteamiento del problema; 4) Recopilación y selección de documentos afines

al trabajo de investigación, especialmente del autor que seguimos como referente principal; 5) Lectura analítica aplicando la técnica de fichaje; y 6) Redacción del informe final.

3. Resultados y discusión

3.1. Contenido esencial del Derecho de huelga

3.1.1. El contenido esencial del derecho de huelga según el TC peruano

El “contenido esencial” tiene por finalidad principal lograr la eficacia y realización de los derechos fundamentales, por lo que cumple el rol de ser una garantía en nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestro TC, mediante sentencia contenida en el expediente N° 0008 – 2005 – PI/TC, precisó el contenido esencial del derecho de huelga, cuya literalidad es la siguiente:

(...) Entre las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparecen las siguientes:

- Facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.
- Facultad de convocatoria dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.
- Facultad de 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.
- Facultad de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
- Facultad de determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado. (Fundamento cuadragésimo primero)

Teniendo en cuenta las afirmaciones realizadas por Castillo, no sería equívoco afirmar que todas las facultades que señalamos en el párrafo que precede constituyen una garantía para los trabajadores, con dicha sentencia expedida el año 2005 se debió concretar la eficacia y realización del derecho de huelga en pro de sus titulares.

Pese a ello, en lo que respecta al plano fáctico del derecho laboral existen diversas deficiencias en el aspecto aplicativo de algunas normas, por lo que inevitablemente se concreta la ineficacia y no realización de algunos derechos -dentro de los cuales, consideramos, se encuentra el derecho de huelga-.

Si analizamos el contenido de la Sentencia N° 01124 – 2001 – AA/TC, del 11 de julio de 2002, conocido como el “Caso Telefónica”, se evidencia que el máximo intérprete de la Constitución, inició un proceso de reforma progresiva en materia de derechos laborales; en efecto, tanto dicha sentencia como la STC N° 0008 – 2005 – PI, son parte del que podríamos denominar proceso de construcción jurisprudencial de derechos laborales.

Para poderse realizar la mencionada construcción jurisprudencial -por ejemplo, del derecho a la libertad sindical- se requirió de dos factores clave, los cuales son: 1) La eficacia horizontal de los derechos fundamentales y 2) la remisión a instrumentos internacionales de derechos humanos con

ratificación peruana, así como a la interpretación de los mismos, llevada a cabo por organismos internacionales.

En consecuencia, consideramos viable aseverar que si se pretende construir el contenido de un derecho laboral -que al igual que el derecho de libertad sindical lo es el derecho de huelga-, de manera óptima, es indispensable contar con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como un pilar esencial de este proceso.

En razón de ello, implica entender los derechos fundamentales como atributos de defensa y que su titularidad la goza una persona y, por lo tanto, de ellos se predica la oponibilidad -ya sea a personas naturales y/o jurídicas de derecho privado-, frente a acciones y/u omisiones inconstitucionales.

Es preciso afirmar que la remisión a instrumentos internacionales de derechos humanos con ratificación peruana -así como las interpretaciones que de estos realizan los organismos internacionales-, son el otro pilar indispensable para la construcción óptima de los derechos laborales fundamentales, ello en atención al tan atinado desarrollo que tienen de estos.

Aunado a ello, es indispensable destacar que los derechos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico están determinados -el derecho de huelga no es excepción-, es decir, no existen derechos absolutos, aun cuando el TC indique facultades correspondientes a un derecho -como lo ha hecho con el contenido esencial del derecho de huelga-, estas están sujetas a límites.

Del examen de la jurisprudencia del TC, y atendiendo a la precisión desplegada en el párrafo que antecede, se aprecia que el derecho de huelga -cada una de las facultades desarrolladas por el TC-, se ejerce sujeta a una condición, consistente en la prohibición de colisión respecto de los intereses de la colectividad, por lo que debe manifestarse en armonía con el interés público y demás derechos.

Ahora bien, la huelga debe ser tomada considerando la proporcionalidad y reciprocidad entre las privaciones y daño económico de las partes en conflicto; que se constate que no se imponga la participación en la huelga, a quienes discrepen con ella; y, que se constate que no se imponga a los usuarios y consumidores, gravámenes, molestias o perturbaciones contingentes; siendo necesario garantizar que la realización de una huelga no obligue a trabajadores no sindicalizados -o que simplemente no opten por la huelga como mecanismo de tutela de sus intereses-, a cesar sus labores.

3.1.2. El contenido esencial del derecho de huelga en el derecho comparado

Los derechos fundamentales -como hemos afirmado anteriormente-, cuentan con un contenido esencial cuya finalidad inmediata es la eficacia y garantía de los bienes jurídicos tutelados por ellos.

Cada ordenamiento jurídico regula los derechos fundamentales -y determina los contenidos esenciales de estos-, de acuerdo a sus realidades económicas, sociales y culturales, más aún en el caso de los derechos fundamentales laborales, ya que estos se encuentran contemplados dentro de la tercera categoría, también llamada “DESC”, por Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Es relevante tomar en consideración, los lineamientos que brinda la Organización Internacional del Trabajo respecto del derecho de huelga, toda vez que estos son tomados en cuenta por los

estados que suscriben sus pautas; en tal sentido la OIT no restringe el sentido del derecho de huelga, sino que brinda parámetros para que cada legislación adopte el sentido que se adecúe a su realidad.

Desde una perspectiva mucho más amplia que en el ordenamiento peruano, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial -pues en tal medida lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español-, en el Reino de España, por ejemplo, se tiene como contenido esencial del derecho de huelga a la cesación del trabajo manifestada en cualquier modalidad que pueda concretarse.

Dentro de los países latinoamericanos, la República de Uruguay incorpora el contenido esencial del derecho de huelga en la misma línea que ha señalado el Reino de España, resaltando su carácter de medio para la protección de intereses y derechos de los trabajadores.

En el ámbito del derecho del país vecino de Chile, la regulación del derecho de huelga es de manera indirecta -se parte de casos en los cuales se prohíbe-; sin embargo, no cabe duda de su carácter de derecho fundamental que -a criterio general-, es un derecho individual que se ejerce colectivamente, es así que su titularidad es de los trabajadores y no de los sindicatos.

Atendiendo a ello, las facultades para el ejercicio y culminación corresponde a los trabajadores, a sus representantes y sindicatos; tales condiciones -sumando las señaladas en el párrafo que antecede-, determinan que sea considerado un derecho de estructura jurídica compleja.

Sobre la normativa de la República de Chile es pertinente señalar que se establece claramente un límite al derecho de huelga, toda vez que no cabe la afectación al derecho a la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no se encuentren involucrados en la medida de huelga, mucho menos en la ejecución de lo pactado en sus contratos.

3.2. Protección de los derechos y deberes de los trabajadores no huelguistas

3.2.1. Derechos y deberes de los trabajadores no huelguistas en el Perú

Dentro de las imprecisiones de las normas laborales peruanas -tras el análisis de los diversos artículos que se encuentran contemplados dentro de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral-, podríamos arribar a una definición de trabajador, concebido como aquel sujeto comprometido a brindar sus servicios personales y de modo directo en pro de un empleador, recibiendo como contraprestación una remuneración, todo ello en un régimen de ajenidad y sometido al poder de dirección del empleador.

Con carácter previo a la precisión de los derechos y deberes de los trabajadores en atención a su condición de no huelguistas, es de vital importancia recordar que ello no enerva su condición de trabajadores.

A partir de ello, recordamos que dentro de los principios que rigen el ámbito del derecho laboral se encuentra uno que -como garantía de derechos individuales-, se erige con peculiar atractivo para esta investigación y es el Principio de Irrenunciabilidad de derechos laborales.

Senda jurisprudencia ha determinado que los derechos de los trabajadores no pueden ser negados ni siquiera por los mismos trabajadores, en virtud de tal afirmación se concluye que tampoco el empleador puede desconocerlos o actuar con tal finalidad, adicionalmente se debe señalar que por situarse como trabajadores no huelguistas no cabe la pérdida o desconocimiento de todos esos derechos.

Por lo sostenido, en Perú los derechos de los trabajadores que se posicionan en la situación jurídica -más específica-, de trabajadores no huelguistas, están inafectados, con lo cual podemos afirmar que los trabajadores no huelguistas cuentan con el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual.

Los trabajadores no huelguistas tienen también derecho al pago de la remuneración correspondiente y de los beneficios sociales -derecho que tiene la condición de pago preferente respecto de cualquier obligación distinta de la empleadora-.

Considerando tal derecho a percibir la remuneración, es indispensable recordar que existen diversos ingresos económicos que perciben los trabajadores que se subsumen dentro de la figura de conceptos remunerativos, en tal sentido, los trabajadores no huelguistas también tienen derecho a percibirlos.

Entendida dicha situación, los trabajadores de esta categoría tienen también el derecho a percibir estos ingresos aun cuando -como consecuencia de la falta de personal por el desarrollo de la huelga-, la empleadora no pueda continuar con el desarrollo normal de sus labores -es decir, su actividad empresarial se torne insostenible-.

Siguiendo dicha línea argumentativa, es totalmente válido afirmar que esta categoría de trabajadores cuenta también con los derechos de libertad sindical y derecho de huelga; al respecto, no debe entenderse como contradictorio o un sinsentido la titularidad del derecho de huelga por parte de los no huelguistas, toda vez que la colocación de los trabajadores en dicha situación jurídica es una expresión pura de la libertad de adoptar o no la decisión de ir a huelga -cuyo rechazo de la medida manifiesta la faz negativa de tal derecho-.

Por otro lado, se evidencia que los trabajadores no huelguistas son titulares de los derechos contemplados por las normas que regulan la jornada de trabajo, el sobretiempo y las vacaciones -conocidos como descansos anuales remunerados-.

Es relevante para esta investigación afirmar que los trabajadores no huelguistas cuenta con los derechos propios de los trabajadores -los cuales son denominados como derechos específicos-, y tal situación -es decir, la de ser trabajador y, por lo tanto, menos la de constituirse como no huelguistas-, no es óbice para que dejen de contar con los derechos que se reconocen a toda persona por su condición de tal -denominados como derechos inespecíficos-.

En función de tales afirmaciones, no sería descabellado pensar que existe, por ejemplo, el derecho de los trabajadores no huelguistas -en clara atención al respeto de su dignidad-, de ingresar a su centro de labores pese a existir una medida de huelga adoptada por algunos trabajadores.

De ello, cabe aseverar que lleva implícito el deber de los mismos de concurrir a su centro de labores si optaron por constituirse como trabajadores no huelguistas, con la finalidad de desempeñar sus funciones correspondientes.

Un subtema relevante emana de la figura del esquirolaje, queda por tanto impuesto un deber específico a los trabajadores no huelguistas de no aceptar la asignación de labores y/o de no desarrollar funciones en su centro de trabajo y/o en beneficio de la empleadora, que correspondan a cualquier trabajador que se encuentre participando de la huelga -es decir, de cualquier trabajador huelguista-.

En suma a los derechos que hemos consignado en las líneas que anteceden, sale a resaltar un derecho -que aunque parecería evidente-, es importante afirmar que los trabajadores no huelguistas tienen derecho al respeto de su decisión de no optar por la medida de huelga para la tutela de sus intereses -o por sea cual fuese la causa que motive su elección-; mientras tanto, dicho derecho repercute en la esfera jurídica, no solo del empleador, sino también de los trabajadores huelguistas, imponiéndoles la obligación de respetar la decisión de los no huelguistas.

3.2.2. Derechos y deberes de los trabajadores no huelguistas en el derecho comparado

A diferencia del ordenamiento jurídico peruano, las normas laborales vigentes de España determinan de manera precisa -como presupuesto clave-, qué se debe entender por trabajador a aquel “que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

Un determinado grupo de los derechos que se predicen de los trabajadores no huelguistas -en la realidad española-, parten de la proscripción de vulnerar el derecho a la libertad de trabajo que ostentan todos los trabajadores; en tal sentido, cuando un trabajador opta por posicionarse en la situación jurídica de trabajador no huelguista cuenta con esa prerrogativa.

Teniendo como base el derecho a la libertad de trabajo cuya titularidad ejercen los trabajadores no huelguistas, del examen de las opiniones que yacen en la doctrina española podemos afirmar que ostentan el derecho al trabajo y que no puede reducirse a una simple libertad de sumarse o no a la huelga -ello pese a que su garantía no sea equiparable a la del derecho de huelga, dentro de la gama de los derechos fundamentales-.

Así, por ejemplo -situación que nos parece óptima-, cierto sector de la doctrina del país peninsular señala que es defendible que por principio democrático y mayoría representativa se limite el ejercicio del derecho a la libertad de trabajo de los trabajadores no huelguistas.

No obstante, lo afirmado en el párrafo anterior, el sector mayoritario apoyándose en la idea de un Estado más participativo y con una actividad ya no tan neutral, es consciente de la necesidad de otorgar una peculiar protección a la posición de trabajador no huelguista.

Dentro de dicho contexto, en el ordenamiento jurídico del Reino Español no se puede obstaculizar la concurrencia de los trabajadores no huelguistas al centro de labores -en su realidad, por efecto del cierre patronal-, ya que los trabajadores que se posicionan en esta situación jurídica son considerados como personal pacífico -en palabras de su TC-, en clara contraposición al personal que participa del conflicto.

Por otro lado, se destaca como deber especial de los trabajadores no huelguistas la prohibición de convertirse en esquirolas -en cualquier forma o contexto-, son diversos los modos que concurren, por decisión del empleador, por iniciativa de los trabajadores no huelguistas o por iniciativa de los no huelguistas y sin conocimiento o autorización de la empleadora.

No obstante, yace también el deber de los trabajadores no huelguistas de concurrir al centro de labores y que cumplan las mismas funciones que han venido desempeñando; en tal medida, quedan sujetos a la discrecionalidad del empleador para organizar las labores.

De no cumplirse tal deber, estaríamos ante el supuesto de esquirolaje, lo cual afectaría -sin lugar a dudas-, la consecución de los fines de la huelga y la esencia de la misma, encontrándonos en un supuesto de colisión con el derecho de huelga de los trabajadores huelguistas.

Respecto de la realidad española, contamos con diversa jurisprudencia que se detiene a -cuando menos-, mencionar a esta categoría de trabajadores, por lo que es relevante para esta investigación analizar dichos pronunciamientos con la finalidad de recabar la mayor cantidad de información sobre los no huelguistas.

La STC 53/1995, del 23 de febrero de 1995, emitida en función del recurso de amparo N° 3.732 por la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, narra una peculiar situación de despido de trabajadores huelguistas por agresiones verbales y daños al patrimonio de los trabajadores no huelguistas, en dicho contexto, pese a que no fue necesaria la actuación de la Guardia Civil, hubo daños concretos y que fueron cuantificados en la unidad monetaria vigente en esa época.

Del análisis de los hechos allí narrados y tras efectuar una interpretación conjunta con lo sostenido en esta investigación, podemos, sin lugar a dudas, afirmar que el vejamen y la afectación del patrimonio hacia los trabajadores no huelguistas -por cumplir con las obligaciones propias de su contrato de trabajo y optar por no adherirse a la medida de huelga-, funge como causa objetiva o causa justa de despido de aquellos a quienes se les imputa tales acciones.

Así mismo, del análisis de la Sentencia Social N° 1350/2012, del 19 de abril de 2012, emitida en razón del recurso N° 1813/2011 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, obtuvimos como resultado la afirmación de que, por la vinculación -eficacia-, horizontal de los derechos fundamentales -como lo son los laborales-, está impuesto un deber de garantía y respeto en el ejercicio de estos, por parte de los privados, lo cual incluye a los trabajadores en huelga.

Por tanto, consideramos necesario señalar que es válida la actuación de cualquier trabajador sindicalizado -y en huelga-, de comunicar a aquellos trabajadores que no han optado por acatar la huelga, incluso criticando o enunciando alguna recriminación, siempre y cuando su accionar no llegue a calificarse como coactivo, debiendo considerarse tal situación como un límite jurídico que habilitaría incluso a la empleadora a iniciar un procedimiento disciplinario que podría devenir en la cesación de la relación jurídico – laboral.

Entonces, teniendo en cuenta que el poder de sanción de toda entidad se ve sujeta a condiciones mínimas para una aplicación válida de medidas disciplinarias, en el caso sub – análisis, y en cualquier otro que pueda subsumirse dentro del marco normativo correspondiente, será válido aplicar la sanción de despido si se acreditase que se ejerció sobre los trabajadores no huelguistas violencia moral de tal índole que pueda calificarse como intimidante o, por ejemplo, violencia física; al concretarse este tipo de agresiones se estarían vulnerando múltiples bienes tutelados a nivel constitucional -vale decir, el principio/derecho de dignidad, el derecho a la integridad moral, etc.-, con lo cual concurriría la causa justa u objetiva de despido.

En suma, de la revisión de la Sentencia N° 27/1991, del 28 de enero de 1991, emitida por el Tribunal Constitucional Español en razón del recurso de amparo N° 1.470/1990, se evidencia que es un derecho clave para los trabajadores no huelguistas, el de acceder al centro de labores, toda vez que en este caso se legitimó el despido de trabajadores huelguistas por haber tenido acciones destinadas a obstaculizar e impedir el ingreso al trabajo, ello porque formaron una barrera compacta en la entrada de las instalaciones de la empresa.

Así mismo, del examen de la Sentencia Social N° 1933/2004, del 25 de octubre de 2004, emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en razón del recurso N° 1933/2004, es derecho de los trabajadores no huelguistas acceder a toda la información que les pueda ser proporcionada por parte de aquellos que integren las organizaciones sindicales, con lo cual se impone el deber a los empleadores de facilitar el acceso de los huelguistas a las instalaciones para que -de modo pacífico-, no solo supervisen la actuación regular de la empleadora y los no huelguistas, sino que les mantengan al tanto de cualquier tipo de datos que incidan en su esfera jurídica.

El ámbito de derecho europeo en esta materia no queda allí, sino que también se extiende a otros países del viejo continente, por ejemplo, en Polonia las normas colectivas de trabajo han consignado que la adhesión o no adhesión a huelga depende estrictamente de la voluntad de los trabajadores; atendiendo a dicho razonamiento, es uniforme la doctrina al señalar que los trabajadores no huelguistas están habilitados a reclamar la tutela y garantía de sus derechos.

Otro aspecto de suma importancia en dicho ordenamiento jurídico consiste en que cuando un trabajador opta por constituirse como trabajador no huelguista, el marco normativo polaco les faculta a exigir al empleador que se concedan todas las condiciones adecuadas para laborar; la omisión de este deber de los empleadores no los exime de la obligación de realizar el pago de todos los conceptos remunerativos que se puedan devengar.

Una situación totalmente distinta se presenta en el contexto del derecho turco, país en el que la garantía -y, por lo tanto, eficacia-, al menos del derecho al trabajo, de los trabajadores no huelguistas, se encuentra supeditado a que la huelga no se encuentre circunscrita dentro de los marcos legales -es decir, sea considerada como ilegal o abusiva-.

Cabe añadir que una arista adicional es la relacionada a la exigibilidad de los pagos que emanan del vínculo laboral en favor de los no huelguistas, en el extremo de la imposibilidad de conceder a los trabajadores de esta categoría las condiciones para poder desempeñar sus funciones.

Haciendo frente a dicha problemática, hemos identificado que en la Federación de Rusia no hay un criterio uniforme, ya que dependerá de a quien se le impute la imposibilidad de desarrollar las labores con normalidad; así, por ejemplo, de ser imputable a la empleadora, los trabajadores no huelguistas pueden exigir una cuantía igual a dos tercios de su remuneración promedio durante el periodo impago, mientras que, de ser por una razón totalmente ajena a la voluntad de los sujetos de la relación laboral, pueden exigir dos tercios de su remuneración básica.

Un caso completamente diferente es el de Polonia, donde es un deber perfectamente exigible -por parte de los no huelguistas-, el de conceder instalaciones apropiadas para laborar; también se ha contemplado allí que es razonable que un no huelguista tiene derecho a percibir los conceptos remunerativos correspondientes.

Similar es la situación que se presenta en la República de Lituania, en dicha nación los trabajadores no huelguistas que se encuentren impedidos de desenvolverse laboralmente en condiciones normales -por causa de la adopción de un acuerdo de huelga-, mantienen el derecho a percibir los conceptos salariales respectivos, según el período que dure la huelga; la razón que dota de sentido a estas normas lituanas yace en que la imposibilidad no radica en la voluntad de los no huelguistas -ellos quieren trabajar-.

Mientras tanto, en la República Checa se ha reconocido de manera plena el derecho de los huelguistas a percibir sus salarios íntegros, con una nota característica en este ordenamiento jurídico, y es que cuando el trabajo realizado por los no huelguistas sea remunerado con una cuantía menor a la ordinaria -en detrimento de los no huelguistas-, estos tienen habilitado su derecho a exigir que se le otorguen conceptos remunerativos adicionales en forma tal que perciban su remuneración completa.

Además, en la República de Finlandia, nos encontramos frente a un supuesto que consideramos muy llamativo, ya que las normas de este país facultan a los trabajadores no huelguistas a exigir una remuneración de hasta por siete días; sin embargo, una vez transcurrido, atendiendo a las demás normas que allí se encuentran reguladas, estos tienen habilitada la opción de solicitar prestaciones correspondientes a su condición de desempleo.

Distinto es el caso de la República Italiana, en la cual la exigibilidad del pago de los conceptos remunerativos se encuentra condicionada a la magnitud de la medida de huelga, ya que si esta torna imposible la realización de actividades se tiene por perdido el derecho percibir estos conceptos económicos -que, recordemos, son de carácter alimenticio-.

Por otra parte, en el Reino de los Países Bajos se ha visto una situación variable respecto de la exigibilidad de pago de los conceptos remunerativos, la cual -de acuerdo con los criterios señalados por su Corte Suprema-, dependerá de la atribución del riesgo por la adopción de la medida de huelga, hacia los trabajadores o al empleador; por lo tanto, señala la Corte Suprema de este país que deberá evaluarse, por ejemplo, si los trabajadores no huelguistas no pueden trabajar por la huelga, o si nos encontramos ante el supuesto de que sean pocos los trabajadores huelguistas, caso en el que es indudable que se pueden exigir los conceptos remunerativos íntegros.

De otro lado, en lo que corresponde a la República Oriental de Uruguay se ha venido prestando mayor atención a la categoría de trabajador no huelguista, a tal punto que incluso a nivel doctrinario hemos podido identificar que una huelga puede ser denegada por parte de la autoridad competente -en el caso de Uruguay, el Comité de Libertad Sindical-, si es que dejase de ser pacífica, incida en el normal desenvolvimiento del orden público o no sea respetuosa del derecho a la libertad de trabajo, cuya titularidad es predicable de los trabajadores incluidos en la categoría de no huelguistas.

En lo que respecta a la exigibilidad de los conceptos remunerativos, en Uruguay se sostiene que todos aquellos trabajadores que opten por no adherirse a la medida de huelga se encuentran legitimados a solicitar que se efectúe el pago íntegro de los salarios que les correspondan de acuerdo al vínculo laboral vigente que ostenten.

En la República de Chile se cuenta con una precisión concreta -a nivel legal-, de lo que se entiende por trabajador, siendo aquel que se obliga a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del empleador.

Así el estado de las cosas en el ordenamiento jurídico chileno -en lo que parece ser un punto de convergencia de los países sudamericanos-, no se cuenta con una definición de trabajador no huelguista.

Sin embargo, podemos afirmar que los trabajadores en este ordenamiento jurídico cuentan con los derechos correspondientes al régimen general de trabajo -ello incluye los denominados derechos específicos e inespecíficos-, así también, debemos entender que se predicen también de

los trabajadores no huelguistas, quienes no pierden la titularidad por posicionarse en dicha situación jurídica.

3.3. Definición de trabajador no huelguista en el ordenamiento jurídico peruano

El aporte de la definición de trabajador no huelguista en el ordenamiento jurídico nacional ha surgido a partir de la identificación de los problemas que trae la omisión normativa y jurisprudencial al respecto, lo cual -como sostenemos fervientemente-, es el claro reflejo del estado actual de la normativa laboral vigente.

Pese a que aún con ese escenario se desenvuelve con “normalidad” toda la actividad productiva y empresarial, ello no es óbice para renunciar a emitir de modo concreto mediante investigaciones -como esta-, sugerencias y/o criterios para un mejor despliegue de las actividades reguladas por las normas del derecho del trabajo.

En ese sentido, es menester precisar que el ámbito del derecho colectivo no es la excepción a lo mencionado en el párrafo precedente, ya que precisamente en este entorno se desenvuelve el ejercicio del derecho de huelga, cuyo contenido es fundamental para esta investigación.

Un primer aspecto considerado antes de arribar a esta investigación emana de las evidencias en el plano fáctico de la existencia de la categoría de trabajadores no huelguistas, por ejemplo -y fue el punto de partida para la elaboración de este trabajo de investigación-, Ortega (2016) despliega una indagación de naturaleza ponderativa entre el derecho de huelga y lo que él denomina como “derecho a continuar laborando”.

Tras revisar exhaustivamente dicho trabajo, el mencionado autor refería que se predica de los trabajadores no huelguistas y se hace mención a ellos de forma indirecta, sin embargo, la falencia es clara porque no se habla en ningún momento de esta categoría de trabajadores, sobre los cuales no existen investigaciones concretas en el ámbito nacional.

Además, hemos podido identificar, como señalamos anteriormente, que la referida falencia no es más que el reflejo de las deficiencias a nivel normativo de nuestro ordenamiento jurídico, así como de la falta de jurisprudencia en la materia; aunado a ello, podríamos señalar que quizás también resultaría imputable al círculo de doctrinarios del derecho del trabajo en el ámbito nacional.

Atendiendo a lo expuesto, tras revisar oportuna y exhaustivamente distintas tesis de investigación sobre la materia de derecho colectivo, específicamente del derecho de huelga y afines, las cuales constituyen las bases de este artículo, consideramos que se ha probado de forma fehaciente la deficiencia en nuestro marco normativo.

Encontrándonos ahora en tal situación en base a todo lo expuesto, cabe indicar que el estado actual de los preceptos normativos correspondientes al derecho de huelga reclama modificaciones, o cuando menos, mejores interpretaciones que vayan acorde a las bases constitucionales de nuestra república y la realidad fáctica que encontramos en el país.

Así, por ejemplo, consideramos que la fórmula sobre el derecho de huelga que se ha contemplado en nuestra Constitución no es del todo apropiada, precisa, puesto que no alberga su faz negativa, el derecho a no acatar un acuerdo de huelga, derecho que asiste a los trabajadores no huelguistas.

Por su parte en la Constitución del Reino de España se dedica de manera específica el inciso cuarto de su artículo seis a aportar un indicio de la categoría de trabajador no huelguista, allí se considera que debe respetarse a los trabajadores cuando, en el contexto de una relación jurídico – laboral, y ejerciendo su derecho a la libertad de trabajo, opten por no sumarse a una huelga.

Por lo tanto, es indispensable que la definición de trabajador no huelguista a aportarse, tenga en consideración el derecho de huelga, por ser base fundamental para que esta categoría se manifieste, así como cualquier otro derecho que se vincule a esta categoría de trabajadores -por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo-, por incidir en las facultades que se pueda atribuir a esta categoría.

En cuanto a la incidencia del derecho a la libertad de trabajo, la problemática o aparente incompatibilidad yace en el artículo 62 del reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, ya que en dicho precepto se supedita a todos los trabajadores -no importando su afiliación o no en alguna organización sindical-, a acatar un acuerdo de huelga adoptado.

Entonces, en base a la revisión de literatura hemos identificado más de una situación en la que se concreta la mencionada incompatibilidad: la primera de ellas se presenta cuando un trabajador que se encuentra afiliado a un sindicato, opta de manera individual por no ir a huelga -manifestando su voluntad en ese sentido-, sin embargo, su voluntad será ignorada frente al deseo de la mayoría por tutelar sus intereses colectivos a través del mecanismo de autotutela denominado huelga.

La pretendida justificación de dicha represión a los derechos fundamentales de los trabajadores sindicalizados radica -de acuerdo con la bibliografía consultada-, en el principio democrático, en ese sentido, al aplicarse dicho precepto, encontrándose sindicalizados los trabajadores -formando parte de un colectivo-, sus voluntades quedan supeditadas a la voluntad de la mayoría.

Por otro lado, existe un segundo supuesto -quizás aún más gravoso-, consistente en la represión de los derechos fundamentales de los trabajadores que ni siquiera se encuentran afiliados a un sindicato, por la decisión de ir a huelga que haya adoptado el sindicato mayoritario de una empresa, siendo que, frente a este escenario los primeros no vierten opinión alguna en la decisión tomada por el colectivo.

Afirmamos rotundamente que el segundo supuesto expuesto es más gravoso que el primero debido a los efectos propios de la declaración de huelga y sus consecuencias, es decir, estos trabajadores no huelguistas, pese a no haber ejercido sus derechos colectivos -como el derecho a la libertad sindical en su faz positiva-, se ven sometidos a acatar una medida de huelga de forma imperativa.

La situación empeora cada vez más, precisamente por las repercusiones que tiene tal aplicación de los preceptos normativos, pues en esta investigación consideramos no solo el plano meramente legal sino también el aspecto práctico de las normas, teniendo en cuenta los múltiples niveles sociales y culturales en los que las normas -lo cual incluye a las que forman parte del ámbito laboral-, surten sus efectos jurídicos.

Frente a ese escenario, debemos tener en cuenta que las normas de derecho colectivo del trabajo rigen tanto las relaciones laborales de las grandes corporaciones -dotadas de mucha formalidad y de refinados mecanismos de gestión de recursos humanos y materiales-, como

también las relaciones laborales más informales y de los sectores más pequeños, donde los recursos son, en ocasiones, mal gestionados.

Un reflejo claro de la situación mencionada en el párrafo anterior, se aprecia en la actividad de las empresas agroindustriales, que operan en la ciudad de Lambayeque, donde, por ejemplo, muchos trabajadores son parte de un estrato social que por lo general cuenta con ingresos económicos bajos, a pesar de que en ocasiones además cuentan con familias numerosas.

Aunado a ello, teniendo en cuenta el caso local en específico, suele ser el padre de familia quien provee el hogar -una situación que es innegable en muchas familias peruanas-, y la madre quien ejerce la digna y destacable labor de encargarse de las tareas propias del hogar; si consideramos que un trabajador como el que señalamos en este ejemplo, que tiene servicios básicos que pagar, posiblemente deudas y la obligación de solventar cualquier otro tipo de gasto, opta por no sumarse a la medida de huelga; y, sin embargo, porque así lo decidió el sindicato mayoritario, se adopta dicha medida, vería suspendida su relación laboral hasta el fin de la medida de autotutela.

Siendo de dicho modo, al suspenderse la relación laboral no solo se está vulnerando el derecho a la libertad de trabajo del trabajador que optó por no ir a huelga -por considerar otros medios como idóneos para la tutela de sus intereses, o por la razón que considere adecuada-, sino que también se le está privando de percibir los conceptos remunerativos que le corresponden durante el período de adopción de la huelga, pues en su mayoría los trabajadores optan por efectuar los descuentos -al menos es así en el caso del régimen laboral del empleo privado-.

Estamos entonces ante un supuesto de lesión de más de un derecho de quien sería un trabajador no huelguista, cuyos derechos son tan dignos de tutela como aquellos que se predicen de los trabajadores sindicados o de los que, sin serlo, deseen adoptar la medida de huelga; por ello es que resulta necesario que se formule de manera adecuada esta categoría de trabajadores y consideramos recomendable una reforma en la materia para poder garantizar la tutela de los derechos que les son propios.

Creemos ello porque, por la eficacia de los derechos fundamentales, es más que evidente que las lesiones de los mismos provienen tanto de parte de la administración pública como de los privados, por ejemplo, en el contexto del sector agroindustrial es de conocimiento general que muchas veces los sindicatos toman las sedes de las empresas impidiendo la concurrencia de todos aquellos que no forman parte de las organizaciones sindicales -cosa que no pasa, por ejemplo, en corporaciones de otros sectores sociales como entidades financieras, etc.-.

Señalado esto, es indispensable volver a referirnos a los sujetos que se encuentran afectados como la no garantía o tutela de esta categoría de trabajadores, toda vez que estos pueden ser los únicos aportantes de ingreso económico en sus familias y podrían tener personas dependientes -tanto menores de edad como personas de edad avanzada o con condiciones especiales-, con lo cual, por ejemplo, como consecuencia de no percibir los conceptos remunerativos completos no se estaría garantizando la eficacia del derecho a la educación de los dependientes menores de edad, o tampoco su derecho a la salud, entre otros.

Habiendo detallado los aspectos que convergen y consideramos indispensables para poder dar por suficientemente acreditada la necesidad de emitir la definición de trabajador no huelguista en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico nacional, hemos concluido que será trabajador no huelguista aquel que manteniendo vínculo laboral vigente -y con independencia de encontrarse

o no afiliado a una organización sindical-, opte por no adherirse o tras haberse adherido, decida retirarse de la medida de huelga que se materialice respecto de la empleadora.

Conclusiones

Tras examinar el contenido esencial del derecho de huelga establecido por el Tribunal Constitucional peruano, se ha demostrado que es indispensable proteger los derechos y deberes de los trabajadores no huelguistas; afirmamos esto porque como se ha expuesto en esta investigación, la adopción de la medida de huelga -en ocasiones-, incide en derechos fundamentales cuya titularidad es de los trabajadores no huelguistas, como el derecho a percibir su remuneración por no optar por la medida de huelga.

Hemos determinado que los trabajadores no huelguistas tienen todos los derechos y deberes propios de los trabajadores en sentido amplio -es decir, la condición de no huelguistas no implica la pérdida de ninguno de sus derechos-, no obstante, debemos hacer hincapié en que cobra suma relevancia su derecho a continuar laborando y que deben procurarse mecanismos eficaces para garantizar tal derecho.

Por lo desarrollado en esta investigación, concluimos que trabajador no huelguista -atendiendo al ordenamiento jurídico peruano-, es aquel que manteniendo vínculo laboral con una empresa y frente a la declaración de huelga por parte del sindicato mayoritario o de ámbito empresarial, decide libremente no participar de la huelga -sin importar su afiliación a una organización sindical-.

Recomendaciones

Recomendamos que, empleando el contenido de esta investigación y las fuentes bibliográficas a las cuales se ha recurrido, se opte por desarrollar una propuesta legislativa, con un análisis aún más exhaustivo de la institución jurídica de huelga, lo cual podría concretarse en una reforma de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Así mismo, consideramos importante realizar análisis específicos de ponderación de los derechos de los trabajadores no huelguistas frente a los de los sindicatos, ya que estos dotan de un marco doctrinal importante frente a situaciones judicializadas específicas.

Referencias

Alexy, R. (2016). *La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra Editores.

Alexy, R. (2017). *¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad*. Lima: Palestra Editores.

Arque, L. (2016). *La violencia en los conflictos sociales en el Perú bajo un enfoque de derechos humanos* (Tesis de maestría). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

Avilés, L. (2018). *Huelga laboral un derecho constitucional en los trabajadores de la empresa minera ARASI S.A.C. LAMPA 2017* (Tesis de maestría). Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Juliaca.

Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra Editores.

Bern, W. (s/f). *Informe general III. La huelga como un derecho fundamental y sus posibles conflictos con otros derechos fundamentales de los ciudadanos*. Recuperado de [LA HUELGA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL Y SUS POSIBLES CONFLICTOS... - BERND WASS \(islssl.org\)](#)

Berrios, L. (2019). *El derecho a la sindicalización, negociación y huelga, de los trabajadores de dirección y de confianza en el sector privado en el Perú - año 2019* (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Cabanellas, G. (1996). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vol. IV). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Cabra, J. (2017). *Conflictivismo vs. Coherentismo. Derechos en el contexto postpositivista*. Conferencia científica presentada por la Universidad de Málaga. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10630/14503>.

Castillo, L. (2020). *Teoría General de los Derechos Fundamentales* (Vol. 1). Puno: Zela Grupo Editorial.

Chávez, J. (2020). *Consecuencias del ejercicio del derecho de huelga en los trabajadores del régimen CAS* (Tesis de maestría). Universidad de Huánuco, Huánuco.

Constitución Política de la República del Perú, art. 28.

Constitución Política de la República del Perú, art. 42.

Constitución Política de la República del Perú, art. 153.

Convenio N° 87 de la Organización Internacional de Trabajo.

Decreto Legislativo N° 713. (08/11/1991). Sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Decreto Supremo N° 003-97-TR. (27/03/1997). Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Decreto Supremo N° 007-2002-TR. (04/07/2002). Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo.

Decreto Supremo N° 008-2002-TR. (04/07/2002). Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo.

Decreto Supremo N° 010-2003-TR. (05/10/2003). Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Decreto Supremo N° 011-92-TR. (15/10/1992). Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Decreto Supremo N° 012-92-TR. (03/12/1992). Reglamento del Decreto Legislativo N° 713 sobre los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Espinoza, J. (2017). *La construcción jurisprudencial del derecho a la libertad sindical*. Lima: Gaceta Jurídica.

García, J. (2019). *Ponderación judicial, estudios críticos*. Puno: Zela Grupo Editorial E.I.R.L.

Grández, P. y Aguiló, J. (2017). *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Recuperado a partir de <http://vlex.com.pe/source/sobre-razonamiento-judicial-24216>.

Guevara, F., & Ramírez, L. (2017). *Dificultades para acceder a un puesto de trabajo por tener antecedentes penales* (Tesis para optar por el título de abogada). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

Gutiérrez, G. (2020). *Comentarios a la Constitución Política del Perú*. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Ledesma Narváez, M. (2020). Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre negociación colectiva en el sector público. *Revista Laborem*, 22. Recuperado a partir de http://www.revistalaborem.com/pop.php?option=articulo&Hash=3f727cebddf3a3cbbffe7e68d75c318&from_section=doctrina.

Ley N° 15.530 – Actividad Privada, se dictan normas sobre el derecho a la huelga de los trabajadores. Expedida por el Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay, recuperado de [Ley 15.530 \(parlamento.gub.uy\)](http://www.parlamento.gub.uy).

López, J. (1993). La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquirols. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 27. Recuperado a partir de [La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquirols - Dialnet \(unirioja.es\)](http://www.unirioja.es/~dialnet/La_sustitucion_interna_de_los_huelguistas_no_huelguistas_y_esquirols.html).

Martínez, A. (2018). Derechos sociales fundamentales. *Cuadernos Del CLAEH*, 37(108), 207-225. Recuperado de <https://search.proquest.com/scholarly-journals/derechos-sociales-fundamentales/docview/2237497844/se-2?accountid=37610>.

Matos, M. y Manrique, F. (2020). Los colegios profesionales en el Perú: Una mirada desde la libertad sindical negativa. *Revista Laborem*, 22. Recuperado a partir de http://www.revistalaborem.com/pop.php?option=articulo&Hash=29ffe6281524167606d0da43bbd2d667&from_section=doctrina.

Miller, C. (2020). *Estudio crítico sobre la protección del derecho a la libertad de trabajo con sujeción a la ley y la función de los colegios profesionales dentro del marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en el proceso de amparo del expediente 00262-2017-0-0401-JR-DC-01 del juzgado constitucional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – Ponderación judicial* (Tesis de pregrado). Universidad Católica de Santa María.

Neves Mujica, J. (2016). *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Olea, M., y Casas, E. (2001). *Derecho del trabajo*. Madrid: Civitas Ediciones S.L.

Ortega, R. (2016). *El derecho de huelga vs el derecho a continuar laborando, una mirada bajo la perspectiva del test de ponderación* (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Osoorio, D. (2017). *Conflicto entre el derecho constitucional al trabajo y el impedimento laboral por razón de parentesco, analizado en el distrito judicial de Áncash* (Tesis de pregrado). Universidad Nacional Santiago Antunez de Mayolo, Huaráz.

Pacheco, L. (2020). Las Fuentes del Derecho del Trabajo. *Revista De Derecho*, 21(1), 1-39. Recuperado a partir de <https://revistas.udel.edu.pe/derecho/article/view/2058>.

Palomeque, M., y Álvarez, M. (2009). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Real Decreto – Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/1977/03/04/17/con>.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-7730-consolidado.pdf>.

Rendón, J. (2014). *Derecho del trabajo colectivo*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Rioja, A. (2020). *Constitución Política comentada y su aplicación jurisprudencial*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Rodríguez, F. (2018). *El derecho de huelga en el Perú: Análisis jurídico-laboral* (Tesis de pregrado). Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Lima.

Sanguinetti, W. (2020). La garantía extracontractual del Derecho de huelga: Una reconstrucción sistemática. *Revista Laborem*, 22. Recuperado a partir de http://www.revistalaborem.com/pop.php?option=articulo&Hash=110be9e0f47401f6a3c245acc5fa5c02&from_section=doctrina.

Sentencia N° 11/1981 (Madrid). (08 de abril de 1981). Pleno del Tribunal Constitucional. [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 11/1981 \(tribunalconstitucional.es\)](http://www.tribunalconstitucional.es/SistemaHJ-Resoluci%3Fid=111981)

Sentencia N° 53/1995 (Madrid). (23 de febrero 1995). Sala Primera del Tribunal Constitucional. <http://vlex.es/vid/stc-f-j-sstc-an-117-53-15355564>.

Sentencia N° 1350/2012 (Andalucía). (19 de abril de 2012). Tribunal Superior de Justicia. <http://vlex.es/vid/-381657150>.

Sentencia N° 27/1991 (Madrid). (28 de enero de 1991). Tribunal Constitucional. Sistema HJ - Resolución: AUTO 27/1991 (tribunalconstitucional.es).

Sentencia Social N° 1933/2004 (Castilla y León). (25 de octubre de 2004). Tribunal Superior de Justicia. Sentencia Social N° 1933/2004, TSJ Castilla y Leon, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec 1933/2004, 25-10-2004 | Iberley.

Sentencia N° 01124-2001 (Lima). (11 de julio de 2002). Tribunal Constitucional. Exp.-1124-2001-AA-TC-Legis.pe .pdf.

Sentencia N° 008-2005 (Lima). (12 de agosto de 2005). Tribunal Constitucional. 0008-2005-AI.pdf (congreso.gob.pe).

Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, publicado en el Diario Oficial de 16.01.03 y conforme con las rectificaciones publicadas en el Diario Oficial de 27.03.03, recuperado de articles-95516 recurso 1.pdf (dt.gob.cl).

Anexos

1. Pleno del Tribunal Constitucional Español (1981). Sentencia N°11/1981.
2. Sala Primera del Tribunal Constitucional (1995). Sentencia N°53/1995.
3. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (2012). Sentencia N°1350/2012.
4. Tribunal Constitucional Español (1991). Sentencia N°27/1991.
5. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (2004). Sentencia N°1933/2004.
6. Tribunal Constitucional Peruano (2002). Sentencia N°01124-2001.
7. Tribunal Constitucional Peruano (2005). Sentencia N°008-2005.