

423
441

HUELGA Y SERVICIOS ESENCIALES: ALCANCES, ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NUEVA AFECTACIÓN (La educación básica regular)

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco general: la huelga como derecho fundamental y sus límites. 3. Estándares internacionales en materia de servicios esenciales y de los límites al ejercicio del derecho de huelga. 4. La regulación peruana de la huelga en los servicios esenciales y la numerosa lista de vulneraciones de los estándares internacionales en el sector educación. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de un proceso de paulatina adecuación a los estándares internacionales de la normativa peruana en materia de relaciones colectivas de trabajo, se ha producido la declaración de la educación como servicio público esencial a efectos de garantizar su no interrupción en un contexto huelguístico.

Esta situación, de signo contrario a la corriente antes mencionada, ha motivado el presente trabajo, que busca, en primer lugar, presentar el marco

teórico referido al derecho de huelga y sus límites, particularmente los externos referidos a los servicios esenciales. Tras ello se aborda, con algún detalle, el tema de los estándares internacionales sobre el particular, elaborados por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), porque son los más desarrollados y obligatorios para un país que ha ratificado los principales convenios internacionales de trabajo en materia de libertad sindical (N^{os} 87, 98 y 151). Finalmente, se presenta el marco legal general existente en el Perú sobre los servicios esenciales y se concluye con el análisis de las normas referidas a la educación básica regular, contrastándolas con los estándares internacionales.

2. MARCO GENERAL: LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SUS LÍMITES

2.1. La huelga-derecho y sus límites

De la mano con la evolución jurídica del sindicalismo, que se suele dividir en las etapas de prohibición, tolerancia y reconocimiento jurídico, la huelga ha transitado también por las fases de huelga-delito, huelga-libertad y huelga-derecho; es decir, por su consideración como un hecho socialmente dañoso, socialmente indiferente o socialmente útil⁽¹⁾. Y, se puede concordar en que en esta última etapa “el trabajador huelguista al ejercitar un derecho subjetivo goza de la inmunidad propia del que lo ejercita en su ámbito y para los fines que le son propios”⁽²⁾, siendo que la fuerza jurídica de derecho vendrá del rango en que haya sido consagrado.

En la actualidad, nos encontramos frente a la constitucionalización generalizada del derecho de huelga, lo que equivale a su consagración como derecho constitucional fundamental de máximo rango, lo que si bien no le ha garantizado todavía un respeto pleno que se condiga con la valoración jurídica máxima a la que puede aspirar un hecho social, sí viene convirtiéndose en un puntal de significativa relevancia dotándola del mayor rango jurídico posible, salvaguardando su contenido esencial frente a las

(1) Esta categorización se la debemos a CALAMANDREI, Piero, “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en *Rivista giuridica del lavoro*, 1954, parte I, pp. 22 y ss.

(2) VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y MORENO VIDA, María Nieves, *Manual de Derecho sindical*, Comares, Granada, 2004, p. 286.

regulaciones legales que muchas veces son indicadas por la propia Constitución, introduciéndola en el campo de la interpretación constitucional y generándole caminos de tutela procesal constitucional.

Sin embargo, y como todos sabemos, la consagración de la huelga como derecho implica su inserción en el sistema de derechos y, por tanto, su ingreso “al inevitable régimen de límites recíprocos que caracteriza a cualquier régimen de derechos dentro del orden jurídico general”⁽³⁾. Por tanto, si se creía que la huelga era un derecho absoluto, ello ha quedado desvirtuado, debido a que su naturaleza y el alcance de sus límites han sido objeto de una profusa y apasionada discusión, siendo probablemente una de las más intensas que se ha producido en estos ámbitos⁽⁴⁾. Ello se debe, creemos, a la altísima concentración del poder sindical que gira alrededor de este derecho, de modo que las restricciones a que se lo someta tienen una incidencia determinante en la eficacia de la actuación colectiva y, por tanto, en la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

En tal sentido, se ha debatido sobre la existencia de *límites internos*, derivados de la configuración jurídica del derecho, y *límites externos*, referidos otros bienes jurídicos de igual o superior valor “al interés colectivo de los antagonistas”⁽⁵⁾ que no deben ser afectados por el ejercicio de este derecho. En el caso de los *límites internos*, la discusión ha girado en mucho respecto de la definición del derecho de huelga, puesto que, para decirlo en palabras concluyentes de Ermida⁽⁶⁾, “definir es excluir” en

(3) Loc. cit.

(4) Una detallada exposición del debate respecto de los límites de la huelga puede verse en MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo, “Los límites del derecho de huelga”, Amalio Fernández, Montevideo, 1992; y, DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto, “Derecho de huelga en el Perú: dos modelos normativos en debate”, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1986. En el caso de los límites internos, puede consultarse, además, VIDAL SALAZAR, Michael, “Los límites internos del derecho de huelga y la visión del ordenamiento laboral peruano”, en *Revista Foro Jurídico*, N° 3, Lima, 2004.

(5) OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho sindical*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 535. Habría que aclarar, también, con el autor citado, que tanto en el caso de los límites internos como en el de los externos se está hablando de restricciones al ejercicio del derecho de huelga, sin aludir para nada a las exclusiones del derecho de huelga, que vienen referidas a las ciertas categorías de trabajadores privadas constitucionalmente de la titularidad del derecho de huelga.

(6) ERMIDA URIARTE, Óscar, *La flexibilización de la huelga*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003, p. 44. Hay que señalar que la frase citada perfila aún más

este terreno⁽⁷⁾. En función de ello, de su naturaleza de derecho fundamental (que conduce a reconocerle ampliamente sus alcances y estrictamente sus limitaciones) y a la luz del carácter histórico, diverso y evolutivo de las medidas reivindicativas, el debate sobre la existencia de estos límites ha sido intenso, pudiendo señalarse que la existencia de límites internos tiene ahora más detractores que defensores.

Para no detenernos en múltiples opiniones personales, valga como referencia que tanto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical de la OIT han señalado que “en cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el comité consideró que tales limitaciones solo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica”⁽⁸⁾.

Por el contrario, en el caso de los *límites externos* se puede observar que existe justificado consenso respecto a su existencia, siendo los servicios esenciales “el supuesto típico de excepcionalidad, que permite res-

una posición compartida por Ermida que afirmaba con Monteiro Fernández que “definir es limitar”. Sobre el particular, véase MONTEIRO FERNÁNDEZ, Antonio, “La huelga en el Derecho internacional y comparado del trabajo”, en *Revista Derecho laboral*, N° 160, Montevideo, 1990, p. 665.

(7) Veamos, como ejemplo arquetípico de esta posición, la definición que nos ofrece la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo peruana sobre huelga, en la que se señala que “Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo”. Con esta definición solo cabe la modalidad clásica de huelga y se deja fuera un numeroso elenco de modalidades atípicas, que no incluyen la cesación permanente, con abandono del centro de trabajo y por intereses meramente profesionales.

(8) *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, OIT, Ginebra, 2006, párr. 545. Véase, asimismo, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, OIT, Ginebra, 1994, párrs. 159 y 160.

(8) *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párrs. 595-596; y, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párr. 161.

tricciones en el ejercicio del derecho de huelga⁽⁹⁾. Ello se debe a que estamos frente a ciertas *prestaciones vitales*⁽¹⁰⁾ de las que no se puede privar a la sociedad, en función de lo cual el establecimiento de estas restricciones “goza de una legitimidad de la que carecen la mayor parte de las interminables limitaciones que se han querido imponer a la huelga”⁽¹¹⁾, llevándolas a tener merecida sede constitucional en un significativo número de países⁽¹²⁾.

En el fondo del asunto, nos encontramos en la “necesidad de coordinar el reconocimiento del derecho de huelga con los otros valores constitucionales”⁽¹³⁾, expresados en la prestación continua de los servicios esenciales⁽¹⁴⁾, de modo que es imprescindible buscar una salida transaccional que garantice que no se deje a la sociedad sin tan relevantes prestaciones, a la par que no prive de eficacia totalmente a la tutela colectiva que se expresa en la huelga. Allí está el quid del asunto, que resulta muy gráficamente expresado en palabras del Tribunal Constitucional español cuando señala que “es imprescindible ponderar las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, así como las necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquella repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales”⁽¹⁵⁾.

(9) Como hacen notar, MATÍA PRIM, Javier, SALA FRANCO, Tomás, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y VIDA SORIA, José, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982, p. 137.

(10) En términos de la relevante sentencia del Tribunal Constitucional español emitida el 8 de abril de 1981, en la que se analizó la constitucionalidad de la preexistente regulación de la huelga.

(11) En términos de ERMIDA URIARTE, Óscar, *La huelga en los servicios esenciales*, en www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/huelgaservescenciales.htm#_ftn2.

(12) Véase, al respecto, la Constitución de España de 1979 (artículo 28º.2).

(13) En los términos de GIUGNI, Gino, *Diritto sindacale*, Cacucci Editore, Bari, 1996, p. 242.

(14) En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el fundamento Nº 40 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 008-2005-AI/TC, que “debe advertirse que la huelga no es un derecho absoluto sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos”.

(15) Sentencia Nº 148 del Tribunal Constitucional español, emitida en 1993.

En función de ello, es que a la figura de los servicios esenciales la acompañan restricciones como las de prohibición, preaviso más extenso que en las actividades normales, imposición conciliación o mediación previas y prestación de servicios mínimos, que están dirigidos a paliar los daños que originaría una suspensión total de labores, y aún, si, como veremos posteriormente en detalle, nos ubicamos en el extremo de los límites máximos posibles, la prohibición de la huelga en tales servicios acarrea la obligación de garantizar a los trabajadores, privados del ejercicio de su derecho, el acceso a mecanismos compensatorios de solución de conflictos (como el arbitraje) independientes, rápidos y cuyas resoluciones se acaten plenamente.

2.2. ¿Servicios públicos esenciales o tan solo servicios esenciales?

Producto de que muchos servicios considerados como esenciales eran brindados monopólicamente por el Estado, de las limitaciones a la huelga en sector público, o, simplemente, por dejar la impronta del carácter público de los intereses involucrados, hay muchos países en los que se habla de servicios públicos esenciales, para hacer referencia a las actividades en las que se establecen restricciones al derecho de huelga en los términos que interesan a este trabajo.

En los albores del siglo XXI, al echar una simple mirada al listado de sectores considerados como servicios públicos y contrastarla con lo que sucede en la realidad, podemos concluir sin gran esfuerzo en que ya no se puede sostener que estos servicios tengan la característica de ser prestados por organismos públicos. En este campo, la titularidad de la actividad ha pasado a carecer de relevancia, puesto que entre quienes las desarrollan conviven entidades privadas y públicas.

En ambos casos, estamos ante servicios de “preeminente interés general”, para decirlo en términos de Ghezzi y Romagnoli⁽¹⁶⁾, en los que interesa justamente es eso: estamos ante “valores fundamentales vinculados a la vida y a la personalidad de los particulares”⁽¹⁷⁾, sin que tenga importancia, a efectos del ejercicio del derecho de huelga, si el titular del

(16) GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto, *Il Diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1992, p. 256.

(17) Loc. cit.

servicio es el Estado o un particular cualquiera. En tal sentido, ha afirmado con precisión Blancas Bustamante que “los servicios esenciales se definen en relación a la naturaleza de los derechos o bienes de las personas que son satisfechos con su prestación o, visto desde otro ángulo, que resultarían gravemente perjudicados con su falta de prestación”⁽¹⁸⁾.

De allí que, a modo de conclusión, se puede afirmar que un servicio será esencial no porque lo preste una entidad del Estado, una empresa pública o una empresa privada, sino porque su suspensión afecta a los derechos fundamentales a la vida, la salud o la seguridad, que tienen preeminencia sobre cualquier otro interés jurídicamente tutelado. Por tanto, debe quedar claro que no todo servicio público es esencial, y no todo servicio esencial es público, ya que hay servicios prestados por entidades privadas (Clínicas, por ejemplo), que ingresan perfectamente en el concepto.

Finalmente, cierto es que en el sector público hay categorías privadas del derecho de huelga, que en términos del Convenio N° 98 de la OIT solo podrían ser militares, policías o funcionarios públicos stricto sensu, es decir, aquellos que actúan como poder del Estado⁽¹⁹⁾, pero también lo es que en estos casos estamos frente a exclusiones subjetivas y no a restricciones en el ejercicio del derecho, lo que suma a la delimitación jurídica del derecho, pero no por eso debe meterse en el mismo saco.

De esta forma, creemos que para evitar cualquier tipo de confusión, la categoría debería denominarse como servicios esenciales, restándole la referencia cuestionada por no responder a la naturaleza de las cosas a estas alturas de la civilización.

2.3. Modelos de regulación de la huelga en servicios esenciales: autorregulado, heterorregulado o mixto

Si se echa una mirada a lo que sucede en el mundo en materia de regulación del derecho de huelga, nos encontramos con que hay países en

(18) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “La huelga en los servicios esenciales”, en *Asesoría Laboral*, agosto 1992, p. 23.

(19) Al respecto, debe verse la interpretación que han hecho del artículo 6° del Convenio N° 98 el Comité de Libertad Sindical de la OIT (*La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*,

donde el ejercicio de este derecho viene *autorregulado* unilateral o bilateralmente (Alemania o Inglaterra, en el primer caso y Suecia, en el segundo, por ejemplo), *heterorregulado* por norma estatal (España y América Latina, con la excepción de Uruguay), o *mixto*, como en Italia, donde, tras una amplia tradición de autorregulación unilateral, se aprobó en 1990 una ley que, además, puede definirse como expresión relevante de legislación negociada⁽²⁰⁾.

Las bondades del modelo autorregulado son los defectos del heterregulado, de modo que, siguiendo a Von Potobsky, para ambos casos⁽²¹⁾, se puede señalar que a favor de la autorregulación está el hecho de que en materia de huelgas puede resultar difícil imponer una normativa que no cuente con el consenso de los sindicatos y los trabajadores, en tanto que se atribuye una mayor eficacia a las normas que los sindicatos mismos se impongan, ya que conllevan un mayor compromiso de real cumplimiento y aplicación, tanto más en los servicios esenciales donde los inconvenientes y perjuicios sufridos por la comunidad acarrearán el peligro de una pérdida de imagen e inclusive franco desprestigio. A su vez, en el caso de la heterorregulación, si bien las normas son impuestas desde fuera, se aplican a todos (no hay posibilidad de grupos independientes que no respeten la autorregulación) y superan la tibieza de ser juez y parte.

En este contexto, la experiencia mixta de Italia es la que puede aprovechar las ventajas de uno y otro modelo, y por ello puede resultar la más aconsejable, sobre todo en países como el Perú donde la radicalidad del cambio parece no hacerlo viable. En todo caso, si bien una relevante opinión avizoraba una tendencia hacia la autorregulación a comienzos de los años noventa, en los hechos no se avizoraba un viraje

cit., párrs. 574-578) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (*Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párrs. 199 y 200).

(20) Sobre la peculiaridad italiana en este tema hay dos relevantes trabajos publicados en español: CARINCI, Franco, "La autorregulación en la Ley N° 146, del 12 de junio", en *Revista Debate Laboral*, N° 8-9, San José de Costa Rica, 1991; y MARIUCCI, Luigi, "La ley sobre la huelga en los servicios públicos esenciales: problemas cerrados y abiertos", en *Revista Debate Laboral*, N° 8-9, San José de Costa Rica, 1991.

(21) VON POTOBSKY, Geraldo, "La huelga en los servicios públicos esenciales", en *Revista Debate Laboral*, N° 8-9, San José de Costa Rica, 1991, pp. 94 y 95.

hacia la autorregulación. En nuestro país, el tema se encuentra bien asentado en el extremo más intervencionista del modelo latinoamericano de relaciones laborales.

A continuación, expondremos los campos tradicionales en los que se suele desarrollar la regulación del ejercicio de la huelga en los servicios esenciales: definición, restricciones posibles y determinación de los alcances.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE SERVICIOS ESENCIALES Y DE LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

A continuación vamos a presentar los alcances básicos de los límites al ejercicio del derecho de huelga derivados de los servicios esenciales, debiendo señalarse que los estándares internacionales a que se alude se refieren a los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Ello porque en ausencia de una norma aprobada por esta institución (organismo multilateral) que se ocupe de nuestro tema, pero considerándolo como uno de los medios esenciales derivados de la libertad sindical de que disponen los trabajadores para promover y defender sus intereses profesionales, estos órganos han producido una frondosa construcción *jurisprudencial* a partir de la cual se juzgan las afectaciones nacionales de la libertad sindical que se producen en este terreno.

Además de ello, teniendo en cuenta la riqueza de temas tocados por estos pronunciamientos, trataremos de citarlos textualmente para que el lector pueda apreciar la información de primera mano.

3.1. Definición de servicios esenciales

Si vemos las diversas regulaciones existentes legales y jurisdiccionales en materia de servicios esenciales en el mundo y el mucho mayor número de obras académicas dedicadas a este tema, se constata una gran variedad de técnicas de abordaje, que van desde una simple definición (técnica de la definición general), dejando la evaluación específica para cada ocasión, hasta quienes no los definen pero sí señalan un listado de servicios que

deben entenderse involucrados en esta restricción del ejercicio del derecho de huelga (técnica de la definición en numerativa)⁽²²⁾.

En un contexto tan variado como diferente puede ser el sustrato valorativo que lo involucra, es necesario buscar un referente que pudiera establecer el estándar internacional que se debe respetar, lo que nos lleva al campo del Derecho internacional del trabajo y, especialmente, al de la OIT.

En este marco, en 1983 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, formuló una definición, que fue acogida inmediatamente por el Comité de Libertad Sindical⁽²³⁾, en los siguientes términos: “Solo pueden considerarse servicios esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población”⁽²⁴⁾.

Esta definición estricta se condice con lo desarrollado hasta ahora, en la medida que estamos hablando de un derecho constitucional al que hay que garantizarle prima facie un desarrollo pleno, que solo puede ser restringido ante la presencia de bienes jurídicos de igual o mayor trascendencia. Por tanto, y en buena técnica jurídica, no se puede sino concordar con la Comisión de Expertos de la OIT cuando afirma que “al tratarse de una excepción al principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener una derogación total o parcial de este principio deberían definirse de forma restrictiva”⁽²⁵⁾.

En este marco, no basta con que un derecho esté recogido en la Constitución para que obtenga la consideración de esencial (sentido amplio de

(22) Sobre definiciones legales, jurisprudenciales y doctrinales de servicios esenciales en América Latina, véase ERMIDA URIARTE, *La huelga en los servicios esenciales*, cit. Para Europa, véase VIVERO SERRANO, Juan Bautista, *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 113 y ss.

(23) La secuencia histórica la señalan GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, en *Revista Internacional del Trabajo*, N° 4, Vol. 117, Ginebra, 1998, p. 482.

(24) Véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párrs. 581 y 583; y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párrs. 159 y 160.

(25) *Ibidem*, párr. 159.

la acepción), ni mucho menos que se trate de un servicio simplemente público, porque “ello llevaría indefectiblemente a la hipertrofia del concepto”(26); debe tratarse de prestaciones vitales de la sociedad al punto de restringir un instrumento esencial en la configuración del Estado constitucional de Derecho.

Más allá de poner el énfasis en la esencialidad o *inaplazable necesidad*(27) del servicio, los propios órganos de control de la OIT han considerado adecuadamente que lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto depende en gran medida de las condiciones propias de cada país(28) (en una isla, el transporte marítimo sería esencial, por ejemplo), por lo que sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden considerarse esenciales(29).

Dentro de tal consideración, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha considerado como esenciales a los siguientes(30):

- El sector hospitalario.
- Los servicios de electricidad.
- Los servicios de abastecimiento de agua.
- Los servicios telefónicos.
- La Policía y las Fuerzas Armadas.
- Los servicios de bomberos.
- Los servicios penitenciarios públicos o privados.

(26) En términos muy gráficos de OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, cit., p. 537.

(27) Para usar el término que usa el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo español N 17/1977, en su artículo 10º.

(28) *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 581.

(29) Como afirma la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párr. 159.

(30) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 585.

- El suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares.
- El control del tráfico aéreo.

A su vez, ha declarado que no constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término⁽³¹⁾:

- La radio televisión.
- Los sectores del petróleo.
- Los puertos (carga y descarga).
- Los bancos.
- Los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos.
- Los grandes almacenes y los parques de atracciones.
- La metalurgia y el conjunto del sector minero.
- Los transportes en general.
- Los pilotos de líneas aéreas.
- La generación, transporte y distribución de combustibles.
- Los servicios ferroviarios.
- Los transportes metropolitanos.
- los servicios de correos.
- El servicio de recolección de basuras.
- Las empresas frigoríficas.
- Los servicios de hotelería.
- La construcción.
- La fabricación de automóviles.
- Las actividades agrícolas.
- La Casa de la Moneda.
- La Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco.

(31) *Ibíd.*, párr. 587.

- El sector de la educación.
- Las empresas de embotellamiento de agua mineral.

Como se ve, ya son muchos años de tratamiento del tema por los órganos de control de la OIT, de modo que el test derivado de la definición tiene un amplio rodaje con numerosos resultados que permiten tener una clara idea de aquellos servicios cuya naturaleza y relevancia conduce a un condicionamiento del ejercicio del derecho de huelga. Además, hacemos notar que la educación ha sido declarada en reiteradas ocasiones como ajena al ámbito de los servicios que afectan la autotutela colectiva, con alguna peculiaridad referida a los directores y subdirectores, como veremos posteriormente.

Por otra parte, y sin que pudiera ser de otra manera en función de los valores en juego considerados en la definición, *la educación* aparece expresamente excluida del ámbito de los servicios esenciales, con muchos pronunciamientos al respecto⁽³²⁾, habiendo declarado específicamente para este sector que “si bien el sector educación no constituye un servicio esencial, el derecho de huelga de los directores y los subdirectores puede ser objeto de restricciones e incluso puede ser prohibido”⁽³³⁾.

A lo anterior se ha agregado que “los argumentos que se han esgrimido de que tradicionalmente los funcionarios públicos no gozan del derecho de huelga porque el Estado, en su calidad de empleador, tiene mayores obligaciones respecto de su protección, no han convencido al comité de que debe cambiar de actitud respecto del derecho de huelga del personal docente”⁽³⁴⁾. Finalmente, se ha enfatizado que, “las posibles consecuencias a largo plazo de las huelgas en el sector de la enseñanza no justifican su prohibición”⁽³⁵⁾.

(32) Véase, además de la cita anterior, 310° informe, caso N° 1928, párrafo 172; caso N° 1943, párrafo 226; 311° informe, caso N° 1950, párrafo 457; 320° informe, caso N° 2025, párrafo 405; 327° informe, caso N° 2145, párrafo 302, caso N° 2148, párrafo 800; 329° informe, caso N° 2157, párrafo 191; y 330° informe, caso N° 2173, párrafo 297.

(33) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 588.

(34) *Ibíd.*, párr. 589.

(35) *Ibíd.*, párr. 590.

3.2. Servicios que devienen en esenciales

El instituto de los servicios esenciales, al tener como norte impedir la suspensión o alteración de ciertas prestaciones vitales para la comunidad, en los términos ya vistos, tiene que mostrar una maleabilidad suficiente como para actuar en todas las circunstancias en que pueda producirse tal afectación.

En función de ello, el Comité de Libertad Sindical ha previsto la existencia de servicios que si bien no son originariamente esenciales, y que, por tanto, no deben sufrir restricciones *ab initio* en el ejercicio de sus expresiones de autotutela, sí devienen en esenciales “cuando la duración de una huelga rebasa cierto periodo o cierto alcance y pone en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población”⁽³⁶⁾.

Es el caso, por ejemplo, del servicio de recojo de basura, que si se paraliza por 24 ó 48 horas no significa un peligro para la vida o la salud que justifique limitar el ejercicio del derecho de huelga, pero si se prolonga 15 días va a comenzar a afectar los valores protegidos por este instituto y puede someterse entonces a las limitaciones que entraña.

3.3. Restricciones que pueden imponerse, garantías compensatorias y cuantificación independiente de los servicios mínimos

En el terreno de los límites que pueden imponerse al ejercicio del derecho de huelga en un servicio esencial, se puede ir desde la prohibición total de la huelga, hasta la imposición de un servicio mínimo que impida que durante la paralización de labores se afecten los bienes tutelados, pasando por la presencia concomitante, en este último caso, de preavisos más o menos extensos, o sujeción a etapas de conciliación o mediación previos a la iniciación del conflicto.

Respecto a estos últimos, en los servicios esenciales se han admitido como válidos preavisos hasta de 20 días o se han impuesto cláusulas de contemporalización que introducen periodos de reflexión de hasta 40 días antes de la declaración de una huelga⁽³⁷⁾.

(36) *Ibidem*, párr. 582.

(37) *Ibidem*, párrs. 553 y 554.

Por otra parte, la restricción más radical (prohibición) solo puede imponerse cuando estamos ante servicios esenciales en sentido estricto, y para que sea válida debe venir acompañada de *garantías compensatorias apropiadas* consistentes en procedimientos de conciliación y arbitraje imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas y en lo que los laudos dictados deban ser aplicados por completo y rápidamente⁽³⁸⁾. Se trata, pues, de la imposición de mecanismos alternativos de solución de conflictos, participativos y que den una solución rápida, imparcial y de cumplimiento efectivo, de manera que la autotutela de la que se priva a los trabajadores en función de los valores esenciales de la sociedad, no los deje absolutamente desprotegidos.

Se puede sacrificar el ejercicio del derecho de huelga en un contexto como el que estamos analizando, siempre y cuando se les otorgue una compensación: que procedimientos participativos o una institución imparcial les garantice a los trabajadores una solución ponderada a sus reivindicaciones cuyo cumplimiento, a su vez, venga garantizado por el Estado.

En el caso que se opte por imponer la prestación de servicios mínimos, debe quedar claramente señalado que, como su nombre indica, el alcance de estos no puede llevar a que todos los trabajadores involucrados tengan que prestar servicios o que las actividades afectadas por la huelga tengan que llevarse a cabo con normalidad. De lo que se trata es que no se suspendan los servicios que puedan afectar directamente los valores tutelados.

De allí que los temas clave en los servicios mínimos sea la forma de determinarlos y su dimensión. En el primer caso, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que en su determinación deben participar no solo las autoridades públicas sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas, dado que “ello permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos”⁽³⁹⁾.

(38) *Ibíd.*, párrs. 595-596; y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párr. 161.

(39) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 612.

Asimismo, en lo que se refiere a su dimensión, estos deben corresponder a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer los derechos protegidos⁽⁴⁰⁾. Se deben limitar a lo estrictamente indispensable, ya que así se “contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga como resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto”⁽⁴¹⁾.

Así, de modo global y elocuente, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado con precisión que el servicio mínimo “debe satisfacer por lo menos dos condiciones. En primer lugar, y este aspecto es de la mayor importancia, debería tratarse real y exclusivamente de un servicio mínimo, es decir, un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión. En segundo lugar, dado que este sistema limita uno de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores para defender sus intereses económicos y sociales, sus organizaciones deberían poder participar, si lo desean, en la definición de este servicio, de igual modo que los empleadores y las autoridades públicas. Sería sumamente conveniente que las negociaciones sobre la definición y la organización del servicio mínimo no se celebraran durante los conflictos de trabajo, a fin de que todas las partes interesadas pudieran negociar con la perspectiva y la serenidad necesarias”⁽⁴²⁾.

Finalmente, para todo ello es necesario que se definan previa y claramente los servicios mínimos que se deben mantener y que si existe alguna controversia sobre su amplitud dicha divergencia sea resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio de Trabajo o la empresa concernidos⁽⁴³⁾. A lo que ha agregado que un pronunciamiento definitivo sobre el nivel de servicios mínimos requeridos en un caso concreto solo puede ser realizado por la autoridad judicial, “toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga”⁽⁴⁴⁾.

(40) *Ibíd.*, párr. 610.

(41) *Ibíd.*, párr. 612.

(42) *Ibíd.*, párr. 161.

(43) *Ibíd.*, párr. 613.

(44) *Ibíd.*, párr. 614.

3.4. Otros supuestos en los que puede imponerse un servicio mínimo

Siendo los servicios mínimos la restricción más utilizada en el terreno de las limitaciones externas de la huelga a las que nos estamos refiriendo en este trabajo, debemos señalar, sin embargo, que trascienden el campo de los servicios esenciales en sentido estricto para presentarse también en otros supuestos, donde hay intereses relevantes que cautelar. Así, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha previsto la posibilidad de imposición de este límite al ejercicio del derecho de huelga en los siguientes casos: i) cuando huelgas de cierta extensión podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de la población podrían estar en peligro; ii) en los servicios públicos de importancia trascendental⁽⁴⁵⁾; y iii) para garantizar la seguridad de las personas y las instalaciones (servicio mínimo de mantenimiento y seguridad)⁽⁴⁶⁾.

De los tres casos, vamos a desarrollar, a continuación, el segundo, por ser el que requiere mayor precisión y porque tiene vinculación con el tema de los servicios esenciales en sentido estricto y con el servicio público educativo en el que aterrizará finalmente este trabajo.

La diferencia fundamental entre los servicios esenciales y los de importancia trascendental, más allá del dato preciso que los segundos son valores cardinales para las personas y la sociedad distintos de la vida, la salud y la seguridad, radica en que para el primer caso la naturaleza vital de los servicios permite hasta la prohibición de la huelga, con las garantías compensatorias y demás salvaguardias que se han referido anteriormente, en tanto que en el segundo caso ello no es posible.

Así y al respecto, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “un servicio mínimo podría ser una solución sustitutiva apropiada de la prohibición total en las situaciones en las que no parece justificada una limitación importante o la prohibición de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los

(45) *Ibíd.*, párr. 606; y, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párr. 160.

(46) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párrs. 604 y 605.

trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios”(47).

El listado de servicios públicos de importancia trascendental es numeroso, ya que se les ha otorgado esta condición, a efectos de la posibilidad de imponerles un servicio mínimo a los siguientes: transbordadores en las islas, de la empresa nacional de puertos, metro y subterráneos, transporte ferroviario, transporte de pasajeros y mercancías, correos, recolección de basuras, instituto monetario, bancos, petróleo y división de sanidad animal ante el brote de una enfermedad contagiosa(48).

Especial mención requiere el *sector educación*, en la medida en que el Comité de Libertad Sindical ha considerado que puede ser objeto de imposición de un servicio mínimo solamente en casos de huelgas de larga duración y en consulta plena con los interlocutores sociales(49).

Ello quiere decir que dentro de los estándares internacionales el sector de la educación no es un servicio esencial originario ni deviene en tal, y tampoco puede ver restringido su derecho de huelga a partir de la imposición de un servicio mínimo antes del inicio de suspensión o alteración en el dictado de clases (con finalidad reivindicativa). Solamente se abre esta última posibilidad cuando estemos frente a una prolongada huelga y tras un diálogo permanente con las organizaciones de los trabajadores.

4. LA REGULACIÓN PERUANA DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES Y LA NUMEROSA LISTA DE VULNERACIONES DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN EL SECTOR EDUCACIÓN

4.1. Marco constitucional y legal

Tras reconocer el derecho de huelga, el artículo 28°.3 de la Constitución agrega que el Estado lo regulará para que se ejerza en armonía con el *interés social*, de donde no resulta difícil deducir que se está ingresando al terreno de los límites externos por referirse a la necesaria conciliación que

(47) *Ibíd*em, párr. 607.

(48) *Ibíd*em, párrs. 615-626.

(49) *Ibíd*em, párr. 625.

tiene que procurarse entre el ejercicio de la autotutela de los trabajadores y otros bienes de importancia vital con los que convive.

Bien es cierto que, como lo criticara tempranamente Cortés⁽⁵⁰⁾, y fuera así asumido y finalmente redefinido por el Tribunal Constitucional⁽⁵¹⁾, la categoría de *interés social* resulta equívoca e inadecuada, por lo que debe entenderse como interés público, para que esté al nivel del interés también público de máximo rango que hay tras la constitucionalización del derecho. Sin embargo, más allá de ello, no cabe la menor duda también que, aunque no mencionados por su nombre, en este condicionamiento del ejercicio del derecho de huelga tienen plena cabida fundamentalmente los servicios esenciales. A mayor abundamiento, la misma norma constitucional agrega que la ley señala las limitaciones del derecho de huelga, lo que más allá de involucrar también a los servicios esenciales dará cobertura al establecimiento de los requisitos para el ejercicio del derecho (preavisos, mayorías, etc.).

Estamos pues, ante las consecuencias de la consideración de la huelga como derecho constitucional, que lleva a insertarla en el sistema de derechos de tal ámbito, con los consiguientes ajustes que permitan una coexistencia armónica entre tan relevantes bienes jurídicos.

En este marco, la preexistencia de un régimen legal que regulaba el ejercicio del derecho de huelga en los *servicios públicos esenciales* no presentaba formalmente problemas cuando entró en vigencia la Constitución de 1993; entonces, lo que se debe juzgar es el fondo de las regulaciones consagradas en el Decreto Ley N° 25593, llamado Ley de Rela-

(50) CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, "La huelga en la Constitución de 1993", en *Asesoría Laboral*, Lima, enero 1994, p. 32, quien afirma que "el término interés social no ha sido el más feliz, en tanto en estricto significa aquél interés que corresponde a un grupo social determinado. El término interés social debe ser reinterpretado como sinónimo de interés público. Este es el interés social que por su importancia y por una determinada valoración se publica y se considera como un interés de toda la sociedad".

(51) En la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, en cuyo Fundamento N° 42 se afirma que "debe anotarse que el inciso 3 del artículo 28° de la Constitución señala, por equívoco conceptual, que la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social. En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como medida tuitiva a favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida. En rigor, la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto".

ciones Colectivas de Trabajo (en adelante, DLRCT) y por su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Muy brevemente, el régimen legal previsto en este campo, cuyo análisis puntual y detallado ha sido formulado de manera clara por Blancas Bustamante⁽⁵²⁾, parecía partir de una prohibición del ejercicio de la huelga al comenzar estableciendo dentro del capítulo de la negociación colectiva un arbitraje obligatorio en el caso de los servicios esenciales (artículo 67° del DLRCT).

Sin embargo, y contradictoriamente, en el capítulo referido a la huelga se regulaba la posibilidad de llevarla a cabo con la obligación de seguir laborando cuando se trata de los servicios esenciales (artículo 82° del DLRCT). Al respecto, en el artículo 83° de la misma norma, se partía de considerar como servicios esenciales a los siguientes:

- a. Los sanitarios y de salubridad.
- b. Los de limpieza y saneamiento.
- c. Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible.
- d. Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias.
- e. Los de establecimientos penales.
- f. Los de comunicaciones y telecomunicaciones.
- g. Los de transporte.
- h. Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacionales.
- i. Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia.
- j. Aquellos cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes.

Agregaban a ello, que los servicios mínimos están referidos a las actividades que así lo exijan y que los trabajadores deberán garantizar la presencia del personal indispensable para que no se vean afectados. Se disponía, asimismo, que los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio, incurrirán en falta grave (artículo 82°).

(52) CORTÉS CARCELÉN, "La huelga en la Constitución de 1993", cit., p. 32.

Finalmente, se establecía que la determinación del servicio mínimo debería hacerse en el primer trimestre de cada año por el empleador, en consulta con los representantes de los trabajadores, los que podían impugnar la decisión final ante la autoridad administrativa de trabajo si no estaban de acuerdo con el volumen señalado (artículo 82°).

4.2. Las observaciones del Comité de Libertad Sindical y las reformas a la regulación original

Como el DLRCT fue objeto de la presentación de siete quejas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, planteadas por diversas organizaciones sindicales nacionales e internacionales, este órgano de control concluyó formulando 16 observaciones, de las que resultan referidas al tema de nuestro interés las siguientes:

- El sometimiento a arbitraje obligatorio cuando no hay acuerdo en la negociación directa o en conciliación.
- La lista de servicios públicos esenciales que se consideró demasiado larga y que incluía servicios que no lo son en el sentido estricto del término⁽⁵³⁾, específicamente, el inciso j de dicho artículo referido a aquellos servicios cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para bienes.
- La potestad de la autoridad de trabajo de establecer, en caso de divergencia en cuanto al número y ocupación de los trabajadores que deben integrar el servicio mínimo. Dicha divergencia debería ser resuelta por un organismo independiente.

Con la recuperación de la democracia, se reformó el DLRCT a través de la Ley N° 27912 para adecuarlo a los estándares internacionales, lo que dio como resultado que en el tema de los servicios esenciales se elimine el arbitraje obligatorio, derogando el artículo 67° del DLRCT y se suprima el inciso j del artículo 83°. Queda pendiente excluir algunas actividades de la relación legal de servicios esenciales, cuya inclusión no tiene justificación alguna, como puede ser el caso de los grifos, empresas que comercia-

(53) Al respecto, véase la larga lista de servicios no considerados como esenciales por el Comité de Libertad Sindical, referida en el punto 3.1. de este trabajo, en los que hay muchos de los contenidos en la relación contenida en el artículo 83° del DLRCT.

lizan gas doméstico o las empresas de transporte que estarían involucradas en la norma al no tener una definición legal de servicios esenciales que permita encuadrar la limitación dentro de conflictos de gran dimensión que interrumpen la prestación de servicios básicos para la sociedad en los términos señalados por los estándares internacionales.

Finalmente, y como resultado de las presiones de ciertos congresistas norteamericanos que condicionaban su conformidad con la suscripción de un Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos a ciertas reformas laborales, se modificó el reglamento del DLRCT para indicar que en caso de divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben prestar los servicios mínimos, esta controversia deberá ser resuelta por una autoridad independiente.

4.3. La regulación legal de la educación como servicio esencial

A la luz de lo dicho, estábamos en un contexto de paulatina adecuación de nuestra legislación a los estándares internacionales en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, y, especialmente, del ejercicio de la huelga en los servicios esenciales; pero como los impulsos externos demuestran que las convicciones estatales al respecto son escasas o inexistentes, se ha abierto un nuevo frente al respecto, la declaración de la educación básica regular como un servicio esencial, imponiéndole una serie de restricciones al ejercicio del derecho de huelga que, como veremos, nos conducirán a una nueva confrontación con los parámetros internacionales que el Perú está obligado a respetar.

A continuación veremos los alcances y adecuación constitucional de la Ley N° 28988 (en adelante, la Ley), que declara a la educación básica regular como servicio público esencial (publicada el 21 de marzo del presente año), la Resolución Ministerial N° 080-2007-ED (publicada el 23 de febrero de 2007) y el Decreto Supremo N° 017-2007-ED (en adelante, el Reglamento), que desarrolla la Ley (publicado el 3 de julio de 2007).

4.3.1. *La Ley N° 28988: alcances y validez de la declaración de la educación como servicio público esencial*

Teniendo como telón de fondo el derecho constitucional a la educación (recogido también en tratados internacionales), la Ley N° 28988

declara de manera escueta a la educación básica regular como servicio público esencial y le encarga a la administración disponer las acciones orientadas a asegurar los servicios correspondientes (artículo 1º). Añade a ello que tal declaración *no afecta los derechos constitucionales ni los reconocidos por los tratados internacionales a los trabajadores* (artículo 2º). Finalmente, dispone su reglamentación en el término de 30 días a partir de su entrada en vigencia (artículo 4º).

El análisis de estas disposiciones nos lleva a señalar, en primer lugar, que si bien es claro que se trata de no suspender las actividades laborales en la educación, las acciones que a ello se dirijan no deben conducir a afectar los derechos constitucionales. Qué duda cabe que el derecho involucrado directamente en ambos supuestos es el de huelga, pero, habida cuenta de la ambigüedad en que suele moverse el Congreso en estos campos, podría decirse que una lectura sistemática de los dos primeros artículos de la Ley conduce a concluir que se autoriza a la administración a implementar todas las acciones que encuentre posibles, menos las que afecten al derecho de huelga, que, además, por ser un derecho constitucional debe reglamentarse vía Ley en sentido formal, es decir norma emanada del Parlamento.

Sin embargo, las normas posteriores nos han evidenciado exactamente lo contrario: las únicas medidas implementadas reglamentariamente tienen que ver con el derecho constitucional de huelga y el sentido de su regulación, como veremos posteriormente, es muy reglamentarista y restrictivo, por lo que, inicialmente, se puede llamar la atención sobre un grave problema en esta regulación que se ocupa de materia reservada a la ley, ingresa en un terreno en el que el artículo 2º de la Ley no le permite la entrada y encima lo hace con una regulación que restringe el ejercicio efectivo del derecho.

En segundo lugar, y poniéndonos ya en el caso de la derivación hacia el derecho de huelga en que ha terminado la reglamentación, habría que señalar que la vía elegida es también especial, puesto que si el objetivo era únicamente regular el ejercicio del derecho de huelga a partir de considerar a la educación básica regular como un servicio esencial, lo correspondiente hubiera sido reformular el artículo 83º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, TUO del DLRCT), agregándole la educación básica regular a la relación de servicios públicos esenciales allí consagrados.

Decimos esto porque si bien esta norma está dirigida centralmente a regular las relaciones colectivas de trabajo de los trabajadores sometidos al régimen de la actividad privada, el artículo 86° de la misma dispone que la huelga de los trabajadores sujetos al régimen laboral público se sujetará a las normas por ella prevista, en cuanto le sean aplicables.

De lo dicho, se puede ver que el legislador ha elegido un camino específico sin mayor justificación, más allá, tal vez, de intentar darle una mayor amplitud a la declaración de servicio esencial de la educación básica regular y no encorsetarla en el ámbito exclusivo de la huelga. En todo caso, resulta evidente que las consecuencias de tal declaración se insertan en el ámbito de la suspensión del servicio por razones reivindicativas.

Sin embargo, habría que tener presente que esta regulación específica no impide que se siga aplicando lo previsto en el Título "Huelga" del TUO del DLRCT, hasta que se produzca la reglamentación específica y, más allá de ello, en todo lo que no se haya previsto en el Reglamento.

Teniendo a la vista todo lo señalado anteriormente, resulta más o menos fácil deducir que, con los estándares internacionales a la mano, los servicios educativos no pueden ser considerados como un servicio esencial a efectos laborales (restricción de la huelga). Ello, ni siquiera reconociendo las graves consecuencias que a largo plazo pueden tener estas huelgas, frente a lo que lo único que cabe es la imposición de un servicio mínimo. Finalmente, se ha reconocido que sí se puede restringir y hasta prohibir el derecho de huelga de los directores y subdirectores⁽⁵⁴⁾ (55).

En este contexto, la Ley N° 28988 colisiona directamente con los alcances de los derechos y las obligaciones establecidos en el Convenio N° 87 de la OIT, por lo que su validez jurídica resulta cuestionada radicalmente. Habría que tener presente que la interpretación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución del Estado tiene que hacerse de conformidad con los tratados internacionales que el Perú ha ratificado, por lo que la Ley analizada termina afectando los alcances del derecho de huelga reconocido por el artículo 42° a los servidores públicos, en la

(54) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 590.

(55) *Ibidem*, párr. 588.

medida en que los alcances del mismo tienen que establecerse de conformidad con lo previsto por las normas internacionales.

4.3.2. El Reglamento de la Ley N° 28988: el Decreto Supremo N° 017-2007-ED

El 3 de julio del presente año se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo N° 017-2007-ED, desarrollando los alcances de la Ley anteriormente comentada, con la finalidad de asegurar la continuidad del servicio educativo en caso de cualquier paralización de labores que no sea la correspondiente al periodo vacacional. Al respecto, veamos a continuación una cuestión previa y los principales alcances de la regulación.

a. Cuestión previa: el Reglamento se ocupa de materias no previstas por la Ley

Los reglamentos de desarrollo no son normas autónomas que establecen regulaciones sobre temas libremente elegidos por la administración, sino que se trata de regulaciones que buscan desarrollar lo previsto en una Ley. Esta facultad debe ser ejercida, además y según señala el artículo 118°.8 de la Constitución del Estado, sin transgredir ni desnaturalizar la ley que se busca precisar.

Si se tiene a la vista la posibilidad de considerar que la Ley N° 28988 no permite la afectación del derecho de huelga, en el caso bajo análisis, nos encontramos ante un reglamento que se ocupa de un tema que: a) no se menciona en la Ley a desarrollar (la huelga); b) se trata de un derecho fundamental y, por tanto, su ejercicio tiene que regularse por ley en sentido formal (emanada del parlamento); y, c) más aún, en la Ley a reglamentar se dice claramente que la declaración como servicio público de la educación básica regular no afecta los derechos constitucionales ni los reconocidos por los tratados internacionales a los trabajadores, y la huelga tiene expresa recepción constitucional e internacional.

Desde este ángulo, entonces, estamos ante una norma reglamentaria que excede claramente su función y que, por lo tanto, tiene un vicio insalvable.

Tras esta primera observación global, veamos a continuación la regulación reglamentaria de algunos temas relevantes que se tratarán con algún detalle en la medida en que entrañan.

b. *Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación*

El Reglamento es aplicable al personal directivo, jerárquico, docente, auxiliar de educación, administrativo y de servicio de las instituciones educativas públicas que imparten educación en los niveles de educación inicial, primaria y secundaria de la educación básica regular.

El Reglamento se destina a regular las acciones dirigidas a la no interrupción del servicio educativo público, en la educación básica regular (inicial, primaria y secundaria), *en caso de paralización de labores* del personal directivo, jerárquico, docente, auxiliar de educación, administrativo y de servicio (artículo 5° del Reglamento).

En esta materia, se define la *paralización de labores*, y sus dos vertientes: la *huelga* y las *formas irregulares de suspensión de servicio educativo*.

En el caso de la *paralización de labores*, se señala que se trata de toda forma de suspensión del servicio educativo llevada a cabo por decisión unilateral del personal aludido anteriormente, cualquiera sea el motivo invocado, la denominación que se le dé y la forma de llevarla a cabo.

En el caso de la *huelga* parece definirse a cualquier suspensión de actividades en la educación básica regular que se lleve a cabo cumpliendo con los requisitos exigidos por el Reglamento.

Finalmente, en el caso de las *formas irregulares de suspensión del servicio educativo*, se hace referencia a los paros y cualquier otro tipo de interrupción del servicio educativo por decisión del personal antes mencionado, sea cual fuere la denominación que se le dé, que no constituya el ejercicio del derecho de huelga declarada cumpliendo los requisitos establecidos en el Reglamento. Se agrega que la utilización de estas formas será declarada ilegal.

Antes de ingresar al análisis de régimen legal de ejercicio del derecho de huelga, se debe señalar que la consideración de ilegales que recae sobre las denominadas *formas irregulares de suspensión del servicio educativo* contraviene lo previsto por los órganos de control de la OIT, que han señalado específicamente en el caso de la regulación general de la huelga (el artículo 83° del TUO del DLRCT), que estas modalidades atípicas de huelga son válidas en tanto conserven su carácter pacífico⁽⁵⁶⁾.

(56) *Ibíd.*, párr. 545; y, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párr. 173.

c. Régimen del derecho de huelga

c.1. Titularidad

En primer lugar, habría que destacar que se otorga la titularidad del derecho de huelga únicamente a las organizaciones sindicales inscritas en el Registro Sindical de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos (ROSSP, en adelante), por lo no quedan excluidos del ejercicio de este derecho los sujetos colectivos no institucionalizados (asambleas de trabajadores) y que carezcan inscripción en el ROSSP. Se agrega, además, que los miembros de la Junta Directiva deben estar debidamente inscritos en el ROSSP.

c.2. Procedimiento

Órgano competente

La declaración de huelga debe presentarse ante el Ministerio de Educación, salvo que se trate de paralizaciones regionales convocadas por organizaciones sindicales regionales y con pliegos de reclamos específicos, en cuyo caso la competencia recae en la Dirección Regional de Educación, en primera instancia, y el Gobierno regional, en segunda instancia.

Requisitos

La organización debe comunicar la decisión de huelga con una anticipación de diez días útiles, acompañando:

- Especificaciones respecto del ámbito de la huelga, motivos, duración y día y hora de iniciación.
- Copia del acta de votación en la que se establezca que la decisión fue adoptada en la forma determinada en los estatutos, en tanto representante la voluntad mayoritaria de los afiliados comprendidos en el ámbito. En el caso de asambleas conformadas por delegados, la decisión deberá haber sido adoptada en asamblea convocada expresamente y ratificada por las bases.
- Copia del acta de la asamblea que deberá ser refrendada por notario o, a falta de este, por el juez de paz de la localidad.
- Nómina del personal directivo, jerárquico, docente, auxiliar de educación, administrativo y de servicio que seguirán laborando para ase-

gurar la continuidad de los servicios y actividades en las instituciones educativas involucradas en esta regulación.

- Declaración de la Junta Directiva de que la decisión se ha adoptado cumpliéndose los requisitos referidos a la votación y a la asamblea.

Vistos los dos componentes básicos referidos al procedimiento necesario para plantear una huelga, habría que señalar que el primero de ellos ha sido cuestionado en reiteradas ocasiones por el Comité de Libertad sindical de la OIT, quien ha señalado repetidamente que el gobierno no debe ser quien declare la legalidad o ilegalidad de una huelga, menos aun si está implicado en el conflicto⁽⁵⁷⁾, como es en el caso de la educación pública aquí analizada. Al respecto, se ha dicho con claridad que “no es compatible con la libertad sindical que el derecho de calificar una huelga como ilegal en la administración pública competa a los jefes de las instituciones públicas, ya que estos son jueces y parte en el asunto”⁽⁵⁸⁾.

En todo caso, la declaración de ilegalidad debería corresponder a un *órgano independiente de las partes y que cuente con su confianza*, para seguir la propia letra de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical acabados de citar.

Asimismo, habría que señalar que los requisitos que se exigen resultan excesivos, engorrosos y formalistas llegando a convertirse en un serio obstáculo para el ejercicio de este derecho fundamental. Al respecto, habría que señalar que el Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado indicando que los procedimientos legales para declarar una huelga no deberán ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal, agregando en específico que exigir la mayoría absoluta de trabajadores concernidos para declarar una huelga es un requisito demasiado elevado que podría dificultar excesivamente el ejercicio del derecho⁽⁵⁹⁾.

Por otra parte, *la norma carece de un procedimiento para determinar las dimensiones del servicio mínimo que debería brindarse*, señalando úni-

(57) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párrs. 628 y 629.

(58) *Ibidem*, párr. 630.

(59) *Ibidem*, párrs. 548, 556 y 557.

camente que en la comunicación de la huelga, la organización convocante debe entregar una nómina con el personal de todas las categorías que seguirán laborando para asegurar la continuidad de los servicios y actividades educativas.

Al respecto habría que señalar que hay un gran vacío en este particular, puesto que si no se ha determinado qué cargos y qué funciones deben integrar el servicio mínimo, resulta imposible que se exija la presentación de la nómina de quienes deberán continuar prestando servicios.

c.3. Reemplazo de los huelguistas

Tras la promulgación de la Ley N° 28988, se aprobó la Resolución Ministerial N° 080-2007-ED, norma que creó el Padrón Nacional de Docentes Alternos, cuya regulación se desarrolló posteriormente en el Reglamento de la Ley aludida. El eje central de este padrón gira alrededor de la creación de un registro en el que se inscriben diversos profesionales y bachilleres de la educación que prestarán servicios cuando se lleve a cabo una huelga en el sector de la educación básica regular.

Al respecto, habría que señalarse que estamos ante una grave violación de la libertad sindical, puesto que se trata de una medida que le restará efectividad al ejercicio de un derecho fundamental. En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido enfáticamente que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerar como un servicio esencial en el sentido estricto del término para que pudiera constituir una grave violación de la libertad sindical⁽⁶⁰⁾.

5. CONCLUSIONES

- La huelga es un derecho constitucional y como tal debe acoplarse armónicamente con otros derechos del mismo orden, lo que impone ciertas *limitaciones* a su ejercicio cuando nos encontramos frente a derechos de igual o superior valor. Para salvaguardar estos derechos superiores el ordenamiento jurídico califica de servicios esenciales a aquellos que son requeridos ininterrumpidamente para mantener incólumes los derechos tutelados.

(60) *Ibidem*, párr. 632.

- Los servicios esenciales se predicen en función de los bienes a los que tutelan y no de la titularidad pública o privada de quienes los administran o prestan. De allí que se haya dejado de lado la denominación inicial de servicios públicos esenciales.
- Como limitación de un derecho fundamental, la consideración de servicios esenciales debe entenderse siempre en un sentido estricto. En tal sentido, los órganos de control de la OIT han definido como servicios esenciales a aquellos cuya interrupción podría poner en riesgo la vida, salud o seguridad de la persona en todo o parte de la población. En estos casos se puede prohibir la huelga y sustituir la autotutela con mecanismos de solución de conflictos independientes, rápidos y cuyas decisiones sean de obligatorio cumplimiento.
- También puede optarse por una solución menos drástica y permitir la huelga a cambio de que se impongan servicios mínimos que impidan que se afecten los bienes jurídicos tutelados. Estos servicios deben reducirse a los estrictamente necesarios para su finalidad, deben ser negociados por las partes y, si no se llega a un acuerdo, determinados por una autoridad independiente.
- Hay supuestos distintos a los servicios esenciales en los que se puede imponer también la prestación de un servicio mínimo, pero en el caso de la educación los órganos de control de la OIT han señalado que solo podría presentarse el caso cuando se trate de una huelga que se haya prolongado mucho en el tiempo.
- Nuestra Constitución acoge la existencia de límites externos a la huelga, al señalar que debe ejercerse en armonía con el interés social, lo que ha sido precisado por el Tribunal Constitucional como referido al interés público. El Decreto Ley N° 25593, regula el tema de los servicios esenciales tanto para el sector privado como para el público.
- Esta regulación fue objeto de tres grandes observaciones y las regulaciones afectadas han sido reformadas casi totalmente en la línea de cumplir con las obligaciones internacionales derivadas de las normas internacionales de trabajo, ya sea voluntariamente o impulsado por las presiones derivadas de la necesidad de aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.
- La declaración de la educación básica regular como servicio público esencial va contracorriente y muestra la debilidad o ausencia de convicciones en el Estado peruano respecto de la observancia de las

obligaciones internacionales, en la medida en que, siendo muy relevante para la vida social y el desarrollo del país, no encuentra cabida en el terreno de las limitaciones externas del derecho de huelga, de conformidad con los convenios internacionales que el Perú ha ratificado.

- Además de lo señalado en la conclusión anterior, las normas reglamentarias vulneran los estándares internacionales en esta materia: i) al dejar en manos del propio Ministerio de Educación la declaratoria de legalidad o ilegalidad de la huelga; ii) al establecer requisitos excesivos, engorrosos y formalistas que obstaculizan el ejercicio del derecho de huelga; iii) al carecer de una determinación de la dimensión del servicio mínimo, por lo que vuelve imposible la legalidad de la huelga al obligar al sindicato a entregar la relación de trabajadores que deben prestar servicios sin señalar de qué servicios se trata; y, iv) al permitir la contratación de sustitutos para los trabajadores huelguistas.