



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO
DEL TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL

EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA EN CHILE

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CAMILA AGUIRRE SALAS

Profesor Guía: Ricardo Juri Sabag

Santiago, Chile 2015

A Guacolda Salas

La esencia del derecho, como se ha observado a menudo, es la acción, lo que el aire libre para la llama, es la libertad de acción para el sentimiento del derecho; prohibirla o restringirla equivale a sofocarlo.

Rudolf von Ihering

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	1
 CAPÍTULO I	
DERECHO DE HUELGA	4
1. ETIMOLOGÍA DEL TÉRMINO 'HUELGA'	4
2. CONCEPTO DE HUELGA	5
2.1. CONCEPTOS DOCTRINARIOS DE HUELGA	5
2.2. CONCEPTO DE HUELGA DE LA OIT	9
2.3. CONCEPTOS LEGALES DE HUELGA	13
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA HUELGA	15
4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA HUELGA	18
5. ELEMENTOS DE LA HUELGA	23
6. CLASIFICACIÓN DE LA HUELGA	28
7. LÍMITES DEL DERECHO DE HUELGA	37
7.1. Límites internos o formales	37

7.2. Límites externos o sustanciales	51
7.3. Sanciones a extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga	62
8. CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE HUELGA	64

CAPÍTULO II

DERECHO DE HUELGA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA	66
1. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE HUELGA EN CHILE	66
1.1. Constitución Política de la República	66
1.2. Código del Trabajo	73
1.3. Ley n° 12.927 sobre Seguridad del Estado	75
1.4. Ley n° 18.834 que aprueba el Estatuto Administrativo	77
1.5. Ley n° 18.883 que aprueba Estatuto Administrativo para funcionarios municipales.....	80
2. RÉGIMEN LEGAL CHILENO DEL DERECHO DE HUELGA	81
2.1. Negociación colectiva	81
2.2. Restricciones normativas al derecho de huelga	103
2.2.1. Restricciones constitucionales al derecho de huelga	103
2.2.2. Restricciones al derecho de huelga en el Código del Trabajo	109

2.2.2.1.	Ámbito del derecho de huelga en el Código del Trabajo	109
2.2.2.2.	Procedimentalización	122
i)	Normas procedimentales tendientes a frustrar el derecho de huelga en su gestación	123
ii)	Normas que restringen los efectos del ejercicio del derecho de huelga	132
2.3.	Conclusiones	188
3.	PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES (BOLETÍN N° 9835-18)	201
3.1.	Modificaciones al Libro IV del Código del Trabajo	202
3.1.1.	Negociación colectiva	203
3.1.2.	Derecho de huelga	212
3.1.2.1.	Definición del derecho de huelga	212
3.1.2.2.	Ámbito del derecho de huelga	216
3.1.2.3.	Procedimentalización	217
i)	Disposiciones que entorpecen la gestación de la huelga	217
ii)	Disposiciones que limitan o neutralizan los efectos del ejercicio del derecho de huelga	222
3.2.	El reemplazo en el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales	231
3.3.	Conclusiones	232

4. PROPUESTAS DE REFORMAS AL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y AL DERECHO DE HUELGA	233
4.1. Reformas al derecho de negociación colectiva	233
4.2. Reformas al derecho de huelga	237

CAPÍTULO III

EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA	241
1. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS: DESARROLLO DOCTRINARIO	241
2. CONCEPTOS DE EFECTIVIDAD Y EFICACIA	252
2.1. Sentido natural y obvio de los términos efectividad y eficacia	252
2.2. Concepto de eficacia de las normas jurídicas	253
2.3. Concepto de efectividad de las normas jurídicas	254
3. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA	256
3.1. Eficacia del derecho de huelga	256
3.2. Efectividad del derecho de huelga	257

CAPÍTULO IV

CONCLUSIÓN FINAL	260
BIBLIOGRAFÍA	265

RESUMEN

Esta tesis de pregrado analiza el derecho de huelga en la normativa chilena con el objeto de determinar su eficacia y efectividad.

Para ello, en primer lugar se aborda el estudio del concepto de huelga, su naturaleza jurídica, evolución histórica, clasificación y límites, además de una revisión de la doctrina desarrollada en torno al derecho de huelga y su ejercicio, así como de los instrumentos internacionales que reconocen este derecho. Este estudio revela la trascendencia del derecho de huelga en las sociedades democráticas como un instrumento al servicio de la igualdad material.

Enseguida, se analiza el reconocimiento del derecho de huelga y la regulación de su ejercicio en el Derecho nacional. De este análisis surge la conclusión de que el derecho de huelga en Chile está sometido a restricciones relativas al ámbito de ejercicio y sujeto a limitaciones que operan bloqueando sus efectos y en definitiva, restándole eficacia y efectividad.

Luego, se indaga sobre la diferencia entre eficacia y efectividad de un derecho, para concluir que el derecho de huelga en Chile es meramente nominal ya que carece de eficacia y efectividad.

Finalmente, también se examina el Proyecto de Ley que Moderniza las Relaciones Laborales -ingresado a tramitación a fines del año 2014- para determinar si esta iniciativa otorga eficacia y efectividad al derecho de huelga y se formulan propuestas encaminadas a asegurar el pleno ejercicio de este derecho.

INTRODUCCIÓN

No existe controversia en cuanto a que el derecho de huelga es un derecho reconocido en el ordenamiento jurídico chileno. La discusión radica; sin embargo, en torno a si nuestra legislación se limita a un reconocimiento meramente formal del derecho de huelga o si por el contrario garantiza su pleno ejercicio.

En este orden de ideas corresponde determinar cuándo un derecho es eficaz y efectivo y cuándo es un derecho meramente formal.

La doctrina remite la efectividad de un derecho a la garantía de su pleno ejercicio, a su coercibilidad y al pleno cumplimiento de los objetivos perseguidos con el reconocimiento de ese derecho por un determinado sistema normativo. De otra manera, si el sistema normativo no garantiza el pleno ejercicio de un derecho, si este derecho carece de norma sancionatoria asociada a su inobservancia o si no permite la consecución de los objetivos tenidos en vista al momento de su reconocimiento, ese derecho se convierte en nominal.

La eficacia y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido un tema ampliamente debatido. El Derecho Internacional

de los Derechos Humanos ha establecido que el derecho de huelga se inscribe en la categoría de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de contenido social dirigidos a procurar mejores condiciones de vida, son de satisfacción progresiva de acuerdo a las posibilidades económicas del Estado y de carácter prestacional en tanto imponen al Estado una obligación positiva de hacer, ya sea una prestación de servicios o la satisfacción de necesidades. Este carácter prestacional de los derechos sociales, económicos y culturales obstaculiza su efectividad ya que no gozan de una aplicabilidad inmediata y de la posibilidad de ser justiciables; no obstante, ello no convierte a estos derechos en meros propósitos del Estado puesto que de ellos nacen deberes jurídicos que obligan al Estado a atender los fines establecidos en su norma suprema.

Por años, los movimientos obreros y organizaciones sindicales chilenos han planteado como demanda constante la necesidad de un derecho de huelga eficaz y efectivo, que garantice su pleno ejercicio. En consideración a esta demanda de las organizaciones sindicales chilenas y a partir de la revisión de la normativa de carácter internacional y del ordenamiento nacional de rango constitucional y legal relativo al derecho de huelga surge como hipótesis de trabajo la inexistencia de un derecho de huelga eficaz y efectivo en Chile.

A fin de precisar si el derecho de huelga en Chile es eficaz y efectivo, recurriendo al método analítico, se procederá a un análisis del concepto mismo de huelga descomponiendo sus elementos y examinando su evolución histórica. Asimismo se desarrollará un estudio del derecho de huelga propiamente tal, centrado en su naturaleza, contenido, finalidad, reglamentación tanto en instrumentos internacionales como en la legislación nacional.

La eficacia y efectividad del derecho de huelga reviste fundamental importancia si se atiende a la definición de 'huelga' como **“garantía jurídica de los Derechos Humanos realizada a través de la acción concertada por los obreros de cesar en el trabajo, bien con la finalidad de asegurar los derechos sociales, económicos y culturales, bien cualquier otro derecho fundamental”**¹¹. A la luz de esta definición se concluye que la huelga en sí misma constituye una salvaguarda de la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales. Por ello, si en una legislación el derecho de huelga es meramente formal se priva a ese sistema normativo de una herramienta de garantía de la efectividad de otros derechos.

¹¹ Conceptualización contenida en el Tesouro de Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. DERECHO DE HUELGA

1. ETIMOLOGÍA DEL TÉRMINO HUELGA

El significado etimológico del vocablo español “trabajar” es ‘sufrir, esforzarse, procurar por’ y tiene su origen en el término del latín vulgar “TRIPALIARE” ‘torturar’, derivado de “TRIPALIUM” ‘especie de cepo o de instrumento de tortura’. Semánticamente opuesto es el significado etimológico del término “huelga”, derivado del verbo “holgar” cuyo significado es ‘descansar, estar ocioso’ y que coincide con la primera acepción de “huelga” dada por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, que es ‘espacio de tiempo en que alguien está sin trabajar’. Sólo la segunda acepción de “huelga” del mismo diccionario recoge el significado utilizado en el ámbito del Derecho Laboral, ‘interrupción colectiva de la actividad laboral por parte de los trabajadores con el fin de reivindicar ciertas condiciones o manifestar una protesta.’

En definitiva, la transformación semántica del término “huelga” desde el significado ‘descansar, estar ocioso’ al empleado actualmente en el ámbito del Derecho Laboral incide en dos elementos, el sujeto que realiza la acción y su finalidad. Estos dos elementos son los que se constituyen en la esencia del derecho de huelga.

2. CONCEPTO DE HUELGA

2.1. Conceptos doctrinarios de huelga

La doctrina ha abordado la elaboración del concepto de huelga desde dos perspectivas.

Un sector doctrinario prescinde de definir la huelga. Este sector plantea que definir la huelga es limitarla y puede equivaler a veces a restringir las posibilidades de acción de los interesados, ya que el ejercicio del derecho se limita al ámbito determinado por la definición.

Otro sector de la doctrina opta por establecer una definición amplia de huelga que permita abarcar sus distintas manifestaciones. Desde esta postura son numerosos los conceptos de huelga que se han desarrollado. Entre ellos, destacan los siguientes:

Según Ernesto Krotoschin, la huelga es “el abandono del trabajo que realizan en común una pluralidad de trabajadores con un fin determinado.”²

Mario De la Cueva señala que la huelga es “el ejercicio de la facultad legal de las mayorías obreras para suspender las labores en las empresas, previa observancia de las formalidades legales, para obtener el equilibrio de los derechos o intereses colectivos de trabajadores y patronos.”³

Para Luisa Riva Sanseverino, jurista italiana, la huelga es “la abstención concertada del trabajo para la tutela de un interés profesional colectivo.”⁴

Guillermo Cabanellas considera la huelga como “la abstención colectiva y concertada del trabajo por los trabajadores, sea por un grupo de ellos, por una asociación gremial, por la mayoría de quienes trabajan en una o varias empresas, con abandono de los lugares de trabajo, con el objeto de ejercer presión sobre el patrono o empresario, a fin de obtener el

² KROTOSCHIN, Ernesto, “Instituciones del Derecho del Trabajo”, t.II, 1948, p.177.

³ DE LA CUEVA, Mario, Derecho mexicano del trabajo, 4° ed., México, T.II, 1961, p.788.

⁴ RIVA SANSEVERINO, Dirittosindicale, Torino, Unione Tipográfico-EditriceTorinense, 1964, p.446.

reconocimiento de una pretensión de carácter profesional o con el fin de preservar, modificar o crear nuevas condiciones laborales.”⁵

Justo López expresa que la huelga es “el acto jurídico de incumplimiento justificado de la prestación contractual de trabajo subordinado, colectivamente decidido como medio de presión sobre los empleadores, para hacer triunfar un interés profesional también colectivo.”⁶

Manuel Alonso García concibe la huelga como “acto de perfección de un conflicto de trabajo, de naturaleza colectiva y económica que consiste en la cesación del trabajo llevada a cabo de manera libre y colectiva.”⁷

Manuel Alonso Olea entiende la huelga como “la suspensión colectiva y concertada en la prestación del trabajo por iniciativa de los trabajadores.”⁸

Eduardo Álvarez precisa que la huelga es “el poder jurídico de causar un perjuicio absteniéndose de cumplir con la prestación laboral como instrumento de presión sobre la voluntad del empleador, para compeler a la

⁵ CABANELLAS, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, t.II, 1968, p.274.

⁶ LÓPEZ, Justo, La huelga como acto jurídico colectivo, Legislación del Trabajo TXX-A, 1972, p.8, Buenos Aires

⁷ ALONSO GARCÍA, Manuel, Curso de derecho del trabajo, 4ºed., Barcelona, Ariel, 1973, p.643.

⁸ ALONSO OLEA, Manuel, Derecho del trabajo, 13ºed., Madrid, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, p.934.

aceptación de un beneficio o a la efectividad de lo dispuesto por una norma preestablecida.”⁹

Ermida Uriarte define la huelga como “toda omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria de trabajo con una finalidad de reclamo o protesta.”¹⁰

Manuel Palomeque López precisa que la huelga es “la medida de autotutela básica de los trabajadores que consiste en la perturbación del proceso productivo del empresario para el que se presta trabajo, a través de diversos comportamientos posibles y en particular de la abstención o cesación del trabajo, decidida en forma concertada y ejercitada colectivamente por los trabajadores para la defensa de sus intereses generales dentro de un ámbito determinado.”¹¹

Por su parte, el Tesauro sobre Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala como nota de alcance que huelga es “la garantía jurídica de los derechos humanos realizada a través de la acción concertada por los obreros de cesar en el trabajo, bien con la

⁹ Citado por Plá Rodríguez en Curso de Derecho Laboral. Conflictos Colectivos. T.IV, Volumen 2, Montevideo, 2001, p.66.

¹⁰ ERMINDA URIARTE, Óscar. Apuntes sobre la huelga, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2º Edición, 1996, p.35.

¹¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel – Álvarez De la Rosa, Manuel, Derecho del Trabajo, Colección CEURA, Madrid, 8º ed., 2000, p 276.

finalidad de asegurar los derechos económicos, sociales y culturales, bien con la finalidad de asegurar cualquier otro derecho fundamental.”

2.2. Concepto de huelga de la Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) no ha formulado un concepto o definición de derecho de huelga y tampoco lo ha tratado expresamente en sus instrumentos internacionales.

Con todo, el Tesoro de la OIT si bien no entrega un concepto de huelga, presenta como nota de alcance del término huelga “una interrupción temporal del trabajo efectuada por uno o varios grupos de trabajadores con objeto de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”

Extrañamente la OIT no trata de modo expreso el derecho de huelga en sus convenios y recomendaciones y tampoco ha elaborado normas internacionales reguladores de este derecho. Sin embargo, dos resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo han recogido expresamente el derecho de huelga:

- En 1957, la Resolución sobre la abolición de la legislación antisindical en los Estados Miembros de la OIT determinó la necesidad de adoptar una “legislación que asegure el ejercicio

efectivo y sin restricción alguna de los derechos sindicales por parte de los trabajadores, con inclusión del derecho de huelga”.

- En 1970 la Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles instó al Consejo de Administración a encomendar al Director General diversas iniciativas con el propósito de “considerar nuevas medidas destinadas a lograr el respeto pleno y universal de los derechos sindicales en su sentido más amplio” debiendo dedicar atención particular al derecho de huelga, entre otros derechos.

El reconocimiento del derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores encuentra su sustento en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación.

Este reconocimiento surge como concreción necesaria de los artículos 6° y 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que consagran respectivamente, el derecho a trabajar, y el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que aseguren “una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie [...]; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias [...]” Para la seguridad de estos derechos, establecidos en los artículos 6° y 7°, se hace imprescindible el reconocimiento del derecho de

huelga, que, coherentemente, se consagra en el artículo 8° n° 2 del mismo Pacto.

En el ámbito de la OIT, el derecho de huelga ha alcanzado su reconocimiento a partir del Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación.

El Convenio n° 87 consagra en su artículo 3° n° 1 el derecho de las organizaciones de trabajadores y empleadores de “organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” y en su artículo 10° precisa que por organización se entiende “toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”. Los artículos 3° y 10° del Convenio n° 87 han permitido al Comité de Libertad Sindical y a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones llegar al reconocimiento del derecho de huelga como uno de los elementos esenciales del derecho sindical y como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones . Por lo mismo ha correspondido al Comité de Libertad Sindical y a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones determinar el ámbito de ejercicio del derecho de huelga, desarrollando principios sobre el derecho de huelga.

El principio rector formulado por el Comité de Libertad Sindical¹² respecto del derecho de huelga es que éste constituye un derecho fundamental y legítimo de los trabajadores y sus organizaciones para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales, siendo un derecho y no un simple hecho social.

De este principio fundamental, que subraya la importancia del derecho de huelga, el Comité de Libertad Sindical ha derivado una serie de principios que dicen relación con la titularidad y finalidad del derecho de huelga.

Estos principios sobre el derecho de huelga elaborados por el Comité de Libertad Sindical cobran relevancia fundamental frente a la ausencia de un concepto o definición del derecho de huelga formulado por la OIT. Esta omisión acarrea el problema de determinar a priori la legitimidad de ciertas modalidades del ejercicio de huelga. Serán los principios sobre el derecho de huelga desarrollados por el Comité de Libertad Sindical, especialmente aquellos que dicen relación con la titularidad y finalidad de este derecho fundamental, los deberán aplicarse para pronunciarse acerca de la legitimidad de una modalidad de ejercicio del derecho de huelga.

¹² Principios sobre el derecho de huelga se encuentran recogidos en la Recopilación sobre decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), 2006, página 115 y ss., párrafos 520 y ss.

2.3. Conceptos legales de huelga

Son varias las definiciones de huelga contenidas en las diversas legislaciones latinoamericanas.

En Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo define huelga en su artículo 429 en los siguientes términos: “Se entiende por huelga la suspensión colectiva temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus empleadores y previos los trámites establecidos en el presente título”

El artículo 467 Código del Trabajo de Ecuador establece que “huelga es la suspensión colectiva del trabajo por los trabajadores coligados”

En México, el artículo 440 de la Ley Federal del Trabajo define huelga como “la suspensión temporal del trabajo llevada a cabo por una coalición de trabajadores, debe limitarse al mero acto de suspensión del trabajo”

El artículo 485 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela dispone que “se entiende por huelga la suspensión colectiva de las labores por los trabajadores interesados en un conflicto de trabajo” y el artículo 175 del Reglamento de la Ley Orgánica señala que “la huelga supone la suspensión colectiva de las labores y cualquier otra medida que altere el normal desenvolvimiento del proceso productivo, concertada por los trabajadores y

trabajadoras involucrados en un conflicto colectivo del trabajo para la defensa y promoción de sus intereses”

En Perú, el artículo 72 del D.L. 25593 sobre Relaciones Colectivas de Trabajo expresa 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”

La Ley General del Trabajo de Bolivia en su artículo 117 establece que “el concepto de huelga sólo comprende la suspensión pacífica del trabajo”

El artículo 358 del Código del Trabajo de Paraguay define huelga como “la suspensión temporal, colectiva y concertada del trabajo, por iniciativa de los trabajadores para la defensa directa y exclusiva de sus intereses profesionales”

En todos estos países el derecho de huelga se encuentra consagrado y garantizado con rango constitucional, así también sucede en Argentina, Uruguay y Chile, que sin embargo no contienen definiciones de huelga en sus legislaciones. El caso chileno presenta la particularidad de que el reconocimiento del derecho de huelga a nivel constitucional se hace en términos negativos y de forma implícita.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA HUELGA

La huelga como fenómeno social tiene su origen en la Revolución Industrial y en el surgimiento del proletariado. La huelga, entonces, nace en el seno de la sociedad capitalista.

En la evolución histórica de la huelga se distinguen tres períodos claramente diferenciados. Mario De la Cueva¹³ ha denominado a estos períodos como período de la prohibición o de la huelga-delito, período de la tolerancia y período del reconocimiento y protección.

En un primer período, dominado por la doctrina económica liberal, la huelga constituía un delito, que atentaba contra la paz y la seguridad del Estado. En Francia, en 1791 se dictó la Ley Chapelier, primera norma represiva en contra del sindicato. El Código Penal francés de 1810 tipificaba y sancionaba los delitos de coalición y de huelga, lo mismo ocurría, en Prusia, Inglaterra, Países Bajos, España e Italia.

Hasta fines del S.XIX, estuvo prohibida la asociación de los trabajadores y la huelga. Lentamente, se suprimió el delito de coalición y de huelga. En Inglaterra, en 1824 se derogaron del Código Penal los delitos de

¹³ DE LA CUEVA, Mario, Op. cit., p. 796.

coalición y de huelga. En Francia en 1864 se eliminó el delito de coalición y en consecuencia, el delito de huelga. España puso fin al delito de huelga en 1872 y en 1890 Portugal, también despenalizó la huelga.

En una segunda etapa la huelga era considerada una situación de facto que producía consecuencias jurídicas. En este período la huelga era concebida como el derecho a paralizar colectiva y concertadamente las obligaciones contraídas individualmente al celebrar el respectivo contrato de trabajo. Sin embargo, este derecho distaba de producir efectos favorables para los trabajadores, quienes arriesgaban la pérdida de su puesto de trabajo puesto que a los huelguistas se les aplicaban las reglas sobre incumplimiento contractual.

El tercer período en el desarrollo de la huelga tiene lugar en 1917, cuando la Constitución Mexicana de Derechos Sociales consagró la huelga como un derecho de los trabajadores y ordenó que las leyes reglamentarias lo reconocieran. La consecuencia más relevante de este período es que el derecho de huelga se entendió como el derecho de suspender el contrato de trabajo sin que de ello se derivaran sanciones. Así, el derecho de huelga devino en derecho subjetivo reconocido constitucional o legalmente. El reconocimiento constitucional del derecho de huelga constituye en la actualidad la regla general, observándose el principio de huelga libre no reglamentada.

Posteriormente, el derecho de huelga avanzó hacia su consagración en instrumentos internacionales. En 1947, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales en su artículo 27 reconoció y garantizó a los trabajadores el derecho de huelga. A través del Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación de 1948 y del Convenio n° 98 sobre Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de 1949 se reconoció el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y sus organizaciones. En 1966 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 8° n° 1 letra d) garantizó el derecho de huelga. De esta manera, el derecho de huelga queda incorporado expresamente al catálogo de Derechos Humanos.

El compromiso internacional con el reconocimiento y la garantía del derecho de huelga se ha mantenido en el tiempo. Es así como en nuestra región, la Declaración Socio-laboral del Mercosur (1998) en su artículo 11, dentro de los derechos colectivos, establece que “Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir o desvirtuar su finalidad”. En este caso, la citada norma no sólo reconoce y garantiza el derecho de huelga sino que también vela por la efectividad en su ejercicio.

La transformación experimentada por la huelga desde su concepción como hecho hasta su reconocimiento como derecho al más alto nivel constituye una conquista de los movimientos sindicales, fruto de años de lucha y sacrificios de los trabajadores.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA HUELGA

Sobre la naturaleza jurídica de la huelga se han desarrollado diversas teorías, que son reflejo de la evolución histórica que ha experimentado la huelga.¹⁴

En primera instancia, la huelga fue concebida como delito y como tal sancionada con penas. Sólo a fines del S.XIX, se derogan las leyes que tipificaban e imponían penas para los delitos de asociación y de huelga. Atribuir a la huelga la naturaleza jurídica de delito resultaba concordante con el ascenso social y político de la burguesía y con la preeminencia, a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, del principio de la propiedad privada.

Superada la concepción de la huelga como delito se entiende que su naturaleza jurídica es la de un hecho jurídico, esto es, un acontecimiento del

¹⁴ Se sigue en esta materia ponencia desarrollada por Néstor de Buen Lozano en IV Mesa Redonda organizada por la Confederación Patronal México.

hombre que produce efectos jurídicos. La huelga, entonces, constituye un ilícito civil en tanto hecho voluntario, ilícito, intencional que causa daño y que por tanto, engendra responsabilidad.

El reconocimiento de la huelga como derecho y su regulación legal implicó un cambio en su calificación jurídica. Al determinar la ley la licitud de la huelga, ésta adquiere naturaleza jurídica de acto jurídico. La huelga como acto jurídico hace necesaria su reglamentación puesto que para que un acto de voluntad produzca los efectos jurídicos deseados, es indispensable que dicho acto reúna los requisitos de fondo y de forma previstos por la ley.

En forma mayoritaria la doctrina coincide en que la naturaleza jurídica de la huelga es la de acto jurídico. Sin embargo, asignar a la huelga la naturaleza de acto jurídico plantea varias dificultades. En este sentido el profesor Néstor de Buen Lozano apunta como principales falencias de la concepción de la huelga como acto jurídico el no considerar que los fines directos de la huelga, entendida como suspensión concertada de labores, no se ajustan a los fines del acto jurídico, esto es, la creación, modificación o extinción de derechos y confundir el ejercicio de un derecho subjetivo con un acto que produce un cambio en la realidad jurídica preexistente que es lo que define al acto jurídico. Este autor señala que la aceptación de la teoría de la huelga como acto jurídico ha llevado al derecho positivo a establecer

procedimientos de calificación de procedencia de la huelga, que inevitablemente limitan su ejercicio y afectan su efectividad.

Ante la crítica a la concepción de la huelga como acto jurídico, la doctrina ha explicado la naturaleza jurídica de la huelga como derecho subjetivo. Un derecho subjetivo, en palabras de Agustín Squella es “la facultad que una norma jurídica reconoce o atribuye a un sujeto de derecho para exigir de otro un determinado comportamiento que se denomina prestación”.¹⁵ De este modo, el derecho de huelga se concibe como derecho subjetivo que consiste en la facultad que el ordenamiento jurídico concede a los trabajadores de suspender concertadamente sus labores.

El derecho de huelga es un derecho subjetivo, individual y colectivo. Es derecho individual en cuanto es inherente al individuo como miembro de la fuerza de trabajo. Es derecho colectivo porque debe necesariamente ejercerse colectivamente mediante concierto o acuerdo de los trabajadores.

Se trata de un derecho subjetivo reconocido con rango legal o constitucional y que además constituye un derecho fundamental de los trabajadores. El derecho de huelga es un derecho fundamental no sólo porque se encuentra consagrado como tal en instrumentos internacionales sino también por los principios que le sirven de sustento. Los derechos

¹⁵ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile, 2000, Santiago, p.102

fundamentales o derechos humanos se asientan en los principios de libertad y de igualdad. El principio de igualdad comprende la igualdad de derecho, que supone que la ley proteja en su texto a todas las personas sin distinción, y la igualdad material, que importa la modificación de las circunstancias que perturban el pleno ejercicio de los derechos. La huelga, históricamente, ha actuado como instrumento de la igualdad material en tanto ha procurado restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual.

Asimismo, el derecho de huelga es un derecho social, consagrado como tal en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho de huelga aparece como mecanismo para la nivelación de las desigualdades existentes entre trabajadores y empleadores. Cabe recordar que Gustav Radbruch planteó que el Derecho Social descansa en la idea de la nivelación de las desigualdades que existen entre las personas; de modo que la igualdad no es un punto de partida, sino una meta para del orden jurídico.¹⁶

Asociado al carácter social y fundamental del derecho de huelga, Néstor de Buen Lozano ha precisado que la huelga es un medio de autotutela que tiene función equilibradora entre las fuerzas de las partes sociales, equilibrio alterado por el poder económico del empresario.

¹⁶ RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho, 6º ed., México. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998 p.157.

Por su parte, Nelson Nicoliello explica la huelga como el equivalente laboral de la legítima defensa. Frente a una agresión existe el legítimo derecho a defenderse, aun recurriendo a cierto grado de violencia.

Otros autores han visto en la huelga la versión laboral y colectiva de la excepción de contrato no cumplido, esto es, el derecho de todo contratante en un contrato bilateral de suspender el cumplimiento de su obligación, en tanto la contraparte no cumpla la suya.

5. ELEMENTOS DE LA HUELGA

Se señalan como elementos de la huelga: 1) Suspensión de la actividad laboral; 2) Suspensión colectiva y concertada; 3) Voluntad de reclamo o de protesta y 4) Finalidad de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores.

a) Suspensión de la actividad laboral

Los órganos de control de la OIT han indicado que cabe considerar como huelga toda suspensión del trabajo, por breve que ésta sea. En efecto, el ejercicio de la huelga implica la suspensión del trabajo continua e ininterrumpida por una colectividad más o menos amplia de trabajadores.

Sin embargo, los casos en los que el cese de la actividad laboral no es absoluto sino que se trabaja con mayor lentitud (huelga de trabajo a ritmo lento) o se trabaja aplicando estrictamente el reglamento (huelga de celo), constituyen huelga ya que producen efectos tan paralizantes como la suspensión absoluta de actividades.

b) Suspensión colectiva y concertada.

Esta suspensión de la actividad laboral debe ser colectiva y concertada. Es colectiva en cuanto, la huelga es un derecho de ejercicio colectivo. Es concertada, en cuanto la suspensión del trabajo, por lo general, no es espontánea sino que es planeada y acordada con anterioridad por los trabajadores.

El derecho de huelga es un derecho individual y subjetivo de cada trabajador. Así cada trabajador individualmente decide adherir o no a una huelga, así como también es suya la decisión de desistirse de una huelga ya iniciada. El ejercicio del derecho de huelga, sin embargo, es de naturaleza colectiva. Las facultades que permiten el ejercicio de este derecho, tales como la declaración, convocatoria, desarrollo y finalización, son actos colectivos que corresponden a los trabajadores como colectividad, a través de sus representantes o de organizaciones sindicales.

Algunas legislaciones al reglamentar el derecho de huelga, disponen que la titularidad de las facultades del ejercicio de este derecho pertenece exclusivamente a las organizaciones sindicales; otras, en cambio, entregan esas facultades a los trabajadores, a través de representantes de los mismos o de organizaciones sindicales.

El Comité de Libertad Sindical ha indicado que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga no contraviene las normas establecidas en el Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación; siendo necesario particularmente en este caso, otorgar protección a los dirigentes sindicales contra eventuales actos de discriminación a consecuencia de una huelga iniciada en esas condiciones.

El ejercicio del derecho de huelga supone una acción concertada ya que requiere el acuerdo expreso de parte de los trabajadores, manifestado directamente en asamblea o mediante sus representantes legales o a través de organizaciones sindicales. El concierto requerido para el ejercicio del derecho de huelga se presenta no sólo en la decisión de convocar la huelga, sino también en la definición de sus objetivos, en la elección de su modalidad y en la determinación de darla por concluida.

En relación con la titularidad del derecho de huelga, el Comité de Libertad Sindical ha reconocido el ejercicio de la huelga con carácter general a los trabajadores del sector público y privado, aceptando únicamente como posibles excepciones las que pudieran imponerse a ciertos funcionarios públicos y trabajadores de servicios esenciales.

c) Voluntad de reclamo o protesta.

La interrupción de labores tiene carácter reivindicativo, es decir, manifiesta una voluntad de reclamo, protesta o demanda. Ligado a este carácter reivindicativo surge su finalidad como elemento distintivo de la huelga. La huelga es, entonces, un derecho para obtener otros derechos y constituye la principal medida de autotutela de los trabajadores, mediante la cual ejercen presión contra el empresario.

d) Finalidad de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores.

La finalidad de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores constituye elemento identificador de la huelga. El artículo 10° del Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación precisa que el término 'organización' comprende toda

organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores. A partir de este artículo, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones han apuntado como elemento caracterizador del ejercicio del derecho de huelga su finalidad, asociada necesariamente a la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores. La promoción y defensa de los intereses de los trabajadores se concreta en el ejercicio del derecho de huelga con la finalidad de obtener mejoras económicas y sociales de carácter permanente para los trabajadores o bien para mantener condiciones económicas y sociales ya consagradas.

En este contexto, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones han concluido que quedan amparadas en el ámbito de la libertad sindical, además de las huelgas de naturaleza laboral y sindical, las huelgas de carácter político siempre cuando guarden relación con los intereses de los trabajadores, en el entendido de 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.”¹⁷

6. CLASIFICACIÓN DE LA HUELGA

Es posible la clasificación de la huelga en atención a diversos criterios:¹⁸

1) Atendiendo al sistema legal, la huelga se clasifica en:

- a) Huelgas reguladas por la ley.
- b) Huelgas admitidas por la costumbre.
- c) Huelgas prohibidas por la ley.

Las huelgas reguladas por la ley y las admitidas por la costumbre se caracterizan porque no rompen el contrato de trabajo.

2) Atendiendo al cumplimiento de determinados trámites, la huelga se clasifica en:

¹⁷ OIT, Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización del Trabajo, Ginebra, 5° edición revisada, 2006, párrafo 526.

¹⁸ CABANELLAS, Guillermo; Compendio de Derecho Laboral, Tomo II; Editorial Heliasta S.R.L.; Argentina, 1992, p.308.

- a) Huelgas legales o legítimas, aquellas que se ciñen al procedimiento establecido al efecto por el ordenamiento jurídico
 - b) Huelgas ilegales o ilegítimas, aquellas que no cumplen las disposiciones que regulan el ejercicio de este derecho.
- 3) Atendiendo a la relación contractual, la huelga se clasifica en:
- a) Huelgas admitidas, ya sea con o sin limitaciones por pactos colectivos de condiciones de trabajo.
 - b) Huelgas reglamentadas por la ley.
 - c) Huelgas limitadas por el contrato de trabajo.
- 4) Atendiendo a su extensión, la huelga se clasifica en:
- a) Huelgas generales, aquellas que consisten en la paralización de un extenso ámbito productivo o a una ciudad, un sector de productividad o incluso todo el país. Las huelgas generales tienen por su carácter una marcada connotación política. Es por ello que la huelga general es, en muchos casos, una modalidad de la huelga política ya que frecuentemente, además de presentar objetivos generales y políticos, casi siempre, plantea la cuestión del poder.
- El Comité de Libertad Sindical ha considerado que “es legítima y corresponde a la esfera de actividad normal de las organizaciones sindicales una huelga general de 24 horas reivindicando el aumento

de salarios mínimos, el respeto de los convenios colectivos en vigor y el cambio de política económica (disminución de precios y desempleo)”¹⁹

b) Huelgas parciales, aquellas en que la paralización se reduce a un establecimiento o a una determinada industria.

5) Atendiendo a su finalidad, la huelga se clasifica en:

a) Huelgas defensivas, aquellas que tienen por propósito oponerse a una pretensión injusta del empresario y mantener mejoras conseguidas en negociaciones anteriores y que la parte empresarial pretende alterar o suprimir.

b) Huelgas ofensivas, aquellas que persiguen la obtención de nuevas ventajas con el fin mejorar las condiciones de los trabajadores.

c) Huelgas económicas, aquellas cuyos objetivos se refieren a cuestiones relativas al salario, y por medio de ellas se cuestiona el desequilibrio salarial en relación con el costo de la vida.

d) Huelgas sociales, aquellas por las cuales se pretende el reconocimiento del sindicato, el otorgamiento de mayor independencia para los trabajadores.

¹⁹ OIT, Op. cit., párrafo 543.

- e) Huelgas políticas, aquellas por las cuales se demandan reformas políticas.

Respecto de las huelgas políticas, los órganos de control de la OIT han sostenido que las huelgas de carácter puramente político no quedan comprendidas en el ámbito de la libertad sindical y asimismo han destacado la dificultad que plantea efectuar una distinción clara entre lo político y lo realmente sindical por cuanto las políticas adoptadas por un gobierno repercuten frecuentemente de forma inmediata en los trabajadores o los empleadores. Por ello, el Comité de Libertad Sindical ha concluido 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 también 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” y por lo mismo ha señalado que “las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus

miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida.”²⁰

- f) Huelgas revolucionarias, aquellas que por las cuales se pretende cambiar radicalmente el sistema de vida imperante, sustituyendo las estructuras económicas vigentes por otras y se busca la toma del poder y el ejercicio del gobierno por los trabajadores o sus dirigentes.

6) Atendiendo al territorio que abarcan, la huelga se clasifica en:

- a) Huelgas locales.
- b) Huelgas regionales.
- c) Huelgas nacionales.
- d) Huelgas internacionales.

7) Atendiendo a la actitud de los trabajadores, la huelga se clasifica en:

- a) Huelgas pacíficas.
- b) Huelgas violentas.

8) Atendiendo a su efectividad, la huelga se clasifica en:

- a) Huelgas reales, aquellas que generan una verdadera paralización de la actividad laboral.

²⁰ *Ibíd.*, párrafos 526 y 527.

b) Huelgas simbólicas, aquellas cuya finalidad es demostrar la fuerza de la organización obrera y que no pasan de ser una amenaza para el caso de que no se cumpla con las reivindicaciones que se pretenden.

9) Atendiendo a la forma en que se llevan a cabo, la huelga se clasifica en:

a) Huelgas pasivas, que consisten en reducir el ritmo de trabajo sin abandonar el trabajo.

b) Huelgas de advertencia, aquellas que se caracterizan por su escasa duración, paralizando momentáneamente las actividades. Las huelgas de advertencia se asemejan a las huelgas simbólicas.

c) Huelgas de solidaridad, aquellas por las cuales se apoya las demandas de otros trabajadores, sin importar que sean de distinto gremio, industria o empresa.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha definido la huelga de solidaridad como la huelga que se inserta en otra emprendida por otros trabajadores y ha estimado que “una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen.”²¹

²¹ *Ibíd.*, párrafo 534.

10) Atendiendo a su forma de inicio, la huelga se clasifica en:

- a) Huelgas directas, aquellas que, declaradas legales, culminan paralizando de una vez todos los centros de trabajo en que se han suscitado los reclamos.
- b) Huelgas escalonadas, aquellas en las que la paralización de la actividad laboral se desarrolla en forma paulatina, por secciones o departamentos, escogiendo para tal efecto, en orden ascendente las que causan mayor daño económico al empresario.

11) Otras formas de huelga

Existen otras modalidades de huelga, que no se encuentran contempladas en las clasificaciones anteriores. Éstas son:

- a) Huelga de brazos caídos, que consiste en la cesación de la actividad, manteniéndose los trabajadores en sus puestos de trabajo.
- b) Huelga de trabajo a ritmo lento, caracterizada por una disminución del ritmo laboral por debajo de los niveles normales.
- c) Huelga activa, aquella en la que se produce por encima de las previsiones empresariales, con el fin de provocar aumento de la producción y en consecuencia, una caída de los precios, de acuerdo a la ley de la oferta y la demanda.
- d) Huelga con ocupación de lugares de trabajo.
- e) Huelga sorpresa, aquella que tiene lugar sin preaviso mínimo.

- f) Huelga rotaria, que se desarrolla en distintos tiempos entre las diversas unidades de trabajo.
- g) Huelga tapón o estratégica, aquella que se realiza únicamente por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos de la empresa con la finalidad de interrumpir el proceso productivo.
- h) Huelga intermitente, que se lleva a cabo por todos los trabajadores intermitentemente y de manera coordinada.
- i) Huelga de celo o de trabajo a reglamento, aquella en la que no hay suspensión de actividad laboral, los trabajadores dan riguroso cumplimiento a las normas que rigen la prestación de servicios en cada puesto de trabajo, lo que produce una alteración grave del proceso productivo.
- j) Paro, que consiste en una interrupción del trabajo, concertada por los trabajadores, de breve duración y con permanencia de los trabajadores en el lugar de trabajo.

“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 de Libertad Sindical considera que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica.”²²

²² *Ibíd.*, párrafo 545.

12) Acciones directas irregulares

Las acciones directas irregulares son medidas adoptadas por los trabajadores que tienden a paralizar o demorar la actividad de la empresa

- a) Sabotaje. Se trata de actuaciones de los trabajadores destinadas dañar o entorpecer la producción, ya sea empleando mayores cantidades de materias primas con el fin de reducir las utilidades del empresario, destruyendo intencionalmente materias primas y maquinaria de trabajo o revelando secretos industriales de producción.
- b) Boicot. Consiste en la acción dirigida a excluir a una empresa de las relaciones comerciales con otros mediante persuasión e intimidación.
- c) Piquetes. El piquete es la acción de los trabajadores en huelga que consiste en instalarse a la entrada del centro de trabajo con el fin de informar a otros trabajadores y al público en general, de la existencia del movimiento reivindicativo y sus fines y de lograr persuadir al mayor número de trabajadores de plegarse a la huelga y obtener mayor apoyo posible de la ciudadanía.

El Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones han señalado que los piquetes no deben impedir el ejercicio de la libertad de trabajo por los no huelguistas.

Asimismo han manifestado que las restricciones a los piquetes de huelga deben limitarse a los casos en que dejen de ser pacíficos.

- d) Listas negras. Son nóminas confeccionadas por los trabajadores de los empresarios que no acceden a las demandas y reivindicaciones de los trabajadores.

7. LÍMITES DEL DERECHO DE HUELGA

El derecho de huelga reconoce límites. La doctrina distingue límites internos o formales y límites externos o sustanciales al derecho de huelga.

7.1. Límites internos o formales

Los límites internos o formales del derecho de huelga están impuestos por las normas que regulan su ejercicio. Los límites internos o formales son relevantes en la medida que por su vulneración la huelga deviene en ilícita.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 8° n° 1 letra d) que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.”

Las legislaciones nacionales regulan el ejercicio del derecho de huelga; sin embargo esta reglamentación debe respetar la esencia del derecho, de modo de no desnaturalizarlo.

La limitación necesaria del derecho de huelga o su carácter intocable ha sido objeto de profundas discusiones en el mundo jurídico. Es así como, existen legislaciones que han optado por establecer una mínima reglamentación del derecho de huelga, haciendo prevalecer el principio de libertad sindical y entregando la regulación del ejercicio del derecho a la autonomía sindical y colectiva. Otras legislaciones, en cambio, han preferido normar detalladamente el derecho de huelga y su ejercicio, anteponiendo el principio de orden público sobre el principio de libertad sindical. Esta última opción, la procedimentalización del derecho de huelga, supone en prácticamente todos los casos, vaciar el derecho de huelga de contenido y convertirlo, en última instancia en un efectivo mecanismo de control social.

Por ello, el Comité de Libertad Sindical ha subrayado que “los procedimientos legales para declarar una huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal” y que “las condiciones requeridas por la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de

acción de las organizaciones sindicales.”²³ De esta forma el Comité de Libertad Sindical vela por la efectividad del derecho de huelga ya que por la transgresión de los límites internos o formales, la huelga deviene en ilícita.

Los procedimientos a que las legislaciones nacionales someten el ejercicio del derecho de huelga generalmente comprenden, la definición legal de huelga, atribución de titularidad y condiciones de ejercicio.

a) Definición legal de huelga

En los ordenamientos jurídicos que disponen de una definición legal de huelga, esta definición constituye el primer y principal límite interno o formal del derecho de huelga. Existiendo una definición legal de huelga, ésta se restringe a las acciones que reproduzcan la descrita por la definición, quedando en la mayoría de los casos fuera algunos tipos de huelga como son la huelga de celo o de trabajo a reglamento y la huelga de trabajo a ritmo lento.

b) Titularidad del derecho de huelga

²³ *Ibíd.*, párrafo 548 y 547.

La titularidad del derecho de huelga corresponde a los trabajadores y su ejercicio tiene naturaleza colectiva.

Las distintas legislaciones nacionales, al normar el ejercicio del derecho de huelga, han dispuesto que los titulares de este derecho son los trabajadores, y son ellos quienes, como grupo, pueden invocar y ejercer el derecho de huelga, ya sea como grupo organizado o no, sindicalizado o no. El Comité de Libertad Sindical ha señalado que las legislaciones que reservan a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga no vulneran las normas del Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación.

La atribución de titularidad del derecho de huelga y su ejercicio por el ordenamiento jurídico constituye, pues, un límite interno o formal de este derecho.

El Comité de Libertad Sindical reconoce el ejercicio de la huelga con carácter general a los trabajadores del sector público y del sector privado, aceptando sólo excepciones respecto de los miembros de las fuerzas armadas y la policía y respecto de funcionarios públicos, que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado y de los trabajadores de los servicios esenciales, es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría

poner en peligro la vida, la seguridad o la salud en toda o parte de la población.

i) Funcionarios públicos

Uno de los límites internos o formales del derecho de huelga más extendido en las legislaciones de los Estados Miembros de la OIT es la prohibición de su ejercicio a los funcionarios públicos.

Tal como han constatado el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, no existe un concepto uniforme de funcionario público en las distintas legislaciones. Por ello, ambos órganos han elaborado una definición de función pública para los efectos de determinar los funcionarios públicos que puedan ser privados del ejercicio del derecho de huelga.

Los órganos de control de la OIT han definido la función pública como “funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado”. En consecuencia, sólo respecto de los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado procede la prohibición del derecho de huelga.²⁴

²⁴ *Ibíd.*, párrafo 574 y 575.

El Comité de Libertad Sindical, a propósito de las quejas formuladas contra varios Estados Miembros por incumplimiento del Convenio n°87 en relación a la prohibición o restricción al derecho de huelga impuesta a funcionarios públicos, ha precisado que ciertas categorías de funcionarios no ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, como los empleados públicos que se desempeñan en sociedades y empresas públicas (la banca, la enseñanza, el transporte metropolitano).

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que en caso de duda respecto de si una categoría de funcionario queda comprendida dentro de aquellos que ejercen funciones de autoridad en nombre de Estado debería adoptarse como solución no la prohibición absoluta de la huelga sino prever el mantenimiento de un servicio mínimo negociado por una categoría determinada y limitada del personal, siempre que un paro total y prolongado pueda tener consecuencias graves para la población.

Por último, el Comité de Libertad Sindical ha concluido que en los casos en que el derecho de huelga sea objeto de prohibición o restricción, tratándose de la función pública y de los servicios esenciales, estas restricciones deben acompañarse de garantías adecuadas para la protección de los intereses de estos trabajadores, tales como procedimientos de

conciliación y arbitraje apropiados, imparciales y rápidos y en los que las decisiones arbitrales tengan carácter obligatorio para ambas partes.

ii) Servicios esenciales

Otro de los límites internos o formales del derecho de huelga lo constituyen los servicios esenciales. Así, el derecho de huelga puede ser objeto de prohibición o de restricción para los trabajadores que se desempeñan en servicios esenciales.

Para estos efectos, los órganos de control de la OIT han definido los servicios esenciales como “los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”. Asimismo han establecido que la prolongación y alcance de una huelga en un servicio no esencial puede convertir ese servicio en esencial, en tanto ponga en riesgo la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. A modo ilustrativo, el Comité de Libertad Sindical ha enumerado como servicios esenciales, los servicios hospitalarios, de electricidad, de abastecimiento de agua, control aéreo, servicios telefónicos, servicios penitenciarios públicos o privados y servicios de bomberos y ha catalogado como no esenciales, en sentido estricto, y por tanto, no susceptibles de restricción o prohibición del derecho de huelga, los servicios del sector del petróleo, de los puertos, bancos, servicios de informática para la recaudación

de aranceles de impuestos, parques de atracciones, grandes almacenes, metalurgia y el conjunto del sector minero, transportes, servicios de hotelería, empresas frigoríficas, construcción, fabricación de automóviles, reparación de aeronaves, actividades agrícolas, abastecimiento y distribución de productos alimentarios, casa de moneda, agencia gráfica del Estado, monopolios estatales de alcohol, sal y tabaco, sector de la educación, servicios de correo, servicios ferroviarios y servicios de transporte y distribución de combustibles.²⁵

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, al revisar las normas relativas a los servicios esenciales y la prohibición o restricción del derecho de huelga en las distintas legislaciones nacionales de los Estados Miembros de la OIT, ha apreciado que las estrategias normativas van desde la confección de una extensa lista de servicios esenciales hasta la elaboración de una definición amplia de servicios esenciales en la que quedan comprendidas todas las actividades que los gobiernos estiman oportuno restringir el ejercicio del derecho de huelga, incluso en algunos casos se contempla la facultad de las autoridades de calificar como servicio esencial una actividad mediante una simple declaración. Ante esta realidad la Comisión ha reiterado que el único criterio

²⁵ *Ibíd.*, párrafo 585 y 587.

a considerar para atribuir el carácter de servicio esencial es que su interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. Ahora bien, y en atención a que la interrupción prolongada de un servicio no esencial puede acarrear perjuicios a la población, y con el propósito de evitar daños a terceros desproporcionados en relación con los intereses profesionales que se defienden mediante la huelga, la Comisión de Expertos ha concluido que las autoridades, no pueden prohibir el derecho de huelga, pero sí pueden establecer un régimen de servicios mínimos en servicios de utilidad pública, que no tienen el carácter de esenciales.²⁶

Al igual que respecto de los funcionarios públicos, el Comité de Libertad Sindical ha indicado que en los casos en que se prohíbe o restringe el derecho de huelga a los trabajadores que laboran en servicios esenciales, esta prohibición o restricción debe compensarse con garantías adecuadas para la protección de los intereses de estos trabajadores, tales como “procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos, en que los interesados puedan participaren todas las etapas y en los que los laudos arbitrales dictados sean aplicados por completo y rápidamente.”²⁷

²⁶ *Ibíd.*, párrafo 585 y 606.

²⁷ *Ibíd.*, párrafo 595 y 596.

c) Condiciones de ejercicio del derecho de huelga

Son también límites internos o formales del derecho de huelga las condiciones o requisitos que las legislaciones exigen para su ejercicio. El Comité de Libertad Sindical ha establecido en esta materia que los requisitos o condiciones a que las legislaciones nacionales sometan el ejercicio del derecho de huelga deben ser razonables y no pueden constituir una limitación importante a las posibilidades de las organizaciones sindicales.²⁸

Estas condiciones o requisitos revisten relevancia puesto que su inobservancia acarrea la ilicitud de la huelga.

Las condiciones de ejercicio del derecho de huelga más recurrentes en las legislaciones dicen relación con:

i) La obligación de dar un preaviso

El Comité de Libertad Sindical ha estimado que la imposición de la obligación de dar preaviso de la huelga no vulnera los principios de libertad sindical.

ii) La obligación de recurrir a procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos colectivos como condición previa a la declaración de huelga

²⁸ *Ibíd.*, párrafo 547.

El Comité de Libertad Sindical ha señalado que no contraviene los principios de libertad sindical el hecho de someter el ejercicio de la huelga a la condición de recurrir a procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos colectivos, siempre que éstos sean adecuados, imparciales y rápidos, que tengan como único objetivo facilitar la negociación colectiva y que se asegure en ellos la participación de las partes en todas sus etapas. Asimismo ha sostenido que esta condición es concordante con el artículo 4° del Convenio n° 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva que dispone que “deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.”

Por otra parte, el Comité de Libertad Sindical estima que el arbitraje obligatorio establecido como condición para el ejercicio del derecho de huelga resulta inaceptable, a menos que sea pedido por las dos partes implicadas en el conflicto, ya sea porque está previsto en el convenio colectivo o porque sea aprobado por las partes durante las negociaciones o en los casos en que la huelga pueda ser limitada o

prohibida, como ocurre con las huelgas en servicios esenciales, en la función pública o en el caso de crisis aguda nacional.²⁹ De esta manera, el Comité de Libertad Sindical ha concluido que salvo las excepciones permitidas, el arbitraje obligatorio como condición del ejercicio al derecho de huelga infringe los principios de libertad sindical consagrados en el Convenio n° 87. Del mismo modo, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha determinado que las legislaciones nacionales transgreden el principio de negociación voluntaria establecido en el artículo 4° del Convenio n° 98, cuando se impone arbitraje obligatorio por iniciativa de las autoridades o a petición de una sola de las partes, con la sola excepción de aquellos casos en que existan disposiciones que permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento para la firma del primer convenio colectivo.³⁰

Por último, cabe hacer notar que existen legislaciones que conciben los convenios colectivos como un tratado de paz social de duración determinada. Durante la vigencia de los convenios colectivos estos ordenamientos jurídicos prohíben las huelgas y los cierres patronales. El Comité de Libertad Sindical ha precisado que estas legislaciones

²⁹ *Ibíd.*, párrafo 564.

³⁰ *Ibíd.*, párrafo 566 y 568.

deben garantizar, como contrapartida, a los trabajadores el recurso a un procedimiento de arbitraje imparcial y rápido que permita examinar las quejas individuales o colectivas sobre la interpretación o la aplicación de los convenios colectivos.

iii) La obligación de observar un determinado quórum y de obtener el acuerdo de la mayoría para la declaración de la huelga

La Comisión de Expertos ha declarado que las legislaciones nacionales no vulneran los principios de libertad sindical cuando condicionan el ejercicio del derecho de huelga a su previa aprobación por un determinado porcentaje de trabajadores; sin embargo, las modalidades de escrutinio, el quórum y la mayoría exigida no deben constituirse en un medio para restringir o imposibilitar el ejercicio de este derecho.

iv) Mantenimiento de servicios mínimos en determinados casos

De acuerdo al Comité de Libertad Sindical, no es contrario a los principios de libertad sindical subordinar el ejercicio del derecho de huelga al mantenimiento de servicios mínimos en determinados casos. Los casos que justifican el mantenimiento de servicios mínimos son aquellos que se establecen con el propósito de respetar la seguridad de las personas, evitar accidentes y garantizar la

seguridad de las instalaciones y que se han denominado como servicios mínimos de seguridad. Tratándose de servicios mínimos de funcionamiento, esto es, aquellos que procuran mantener hasta cierto punto la producción o los servicios de la empresa o institución en que tiene lugar la huelga, su imposición sólo procede en los servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, seguridad o la salud de toda o parte de la población (servicios esenciales en sentido estricto), en los servicios no esenciales cuando la duración de la huelga pueda provocar una situación de crisis nacional aguda, poniendo en riesgo las condiciones normales de existencia de la población y en los servicios públicos de importancia trascendental.

El Comité de Libertad Sindical dispone que la determinación de los servicios mínimos a mantener y el número de trabajadores que los garanticen, deben acordarse con la participación de las autoridades públicas, de las organizaciones de trabajadores y de los empleadores.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha precisado que los servicios mínimos deben limitarse a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población y que deben ser establecidos

con la participación de las autoridades públicas, las organizaciones de los trabajadores y los empresarios.³¹

v) Garantía de libertad de trabajo de los no huelguistas.

Tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones reconocen el principio de libertad del trabajo de los no huelguistas.

7.2. Límites externos o sustanciales

Los límites externos o sustanciales del derecho de huelga están definidos por principios jurídicos generales que deben observarse en el ejercicio de este derecho.

Estos límites externos o sustanciales se determinan para la defensa y protección de otros bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico y que pueden verse afectados o lesionados por el ejercicio del derecho de huelga.

³¹ *Ibíd.*, párrafo 606, 610 y 612.

El derecho de huelga, por tanto, no es un derecho absoluto y en su ejercicio deben conciliarse los derechos de los trabajadores huelguistas y no huelguistas, de los empleadores y de la comunidad en general.

En caso de exceder los límites externos o sustanciales, la huelga es ilícita por configurar un ejercicio abusivo del derecho.

Son principios jurídicos generales que limitan el derecho de huelga, el orden público, las buenas costumbres y la buena fe. Asimismo, la doctrina ha apuntado como límites del derecho de huelga, derivados de la aplicación de estos tres principios generales del derecho, el principio de razonabilidad y la necesidad de que el ejercicio de la huelga se ajuste a los fines para los que se le dio cabida en el ordenamiento jurídico, esto es, que cumpla su función social.

a) Orden público

El orden público es el núcleo central y constante del orden social, que comprende el conjunto de reglas esenciales al mantenimiento de la sociedad, y que atienden el interés general, asegurando una convivencia pacífica, equilibrada y segura. Nuestra doctrina ha recogido la definición

jurisprudencial de orden público como “la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad.”³²

El orden público, en el ámbito del Derecho Constitucional, constituye un límite para el ejercicio de derechos individuales y sociales y en el ámbito del Derecho Privado, limita la autonomía privada. En consecuencia, el orden público es límite del ejercicio del derecho de huelga.

En resguardo del orden público, los órganos de control de la OIT admiten que las legislaciones nacionales priven o restrinjan el ejercicio del derecho de huelga a ciertas categorías de trabajadores, tales como funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado y trabajadores que se desempeñen en servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población y asimismo aceptan el establecimiento de servicios mínimos en ciertos casos.

Asimismo, en aras de la protección del orden público, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “la prohibición general de huelgas no podría estar justificada más que en una situación de crisis nacional aguda y por una duración limitada.”³³

³² VIAL, Víctor: Teoría general del acto jurídico, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, 2007.

³³ OIT, Op. cit., párrafo 570.

El Comité de Libertad Sindical invoca expresamente el principio de orden público al referirse a la intervención de la policía durante una huelga, precisando que “cuando se produce un movimiento de huelga, las autoridades sólo deberían recurrir a la fuerza pública si se halla realmente amenazado el **orden público**. La intervención de la fuerza pública debe guardar relación con la amenaza al orden público que se trata de controlar, y los gobiernos deberían tomar disposiciones para que las autoridades competentes reciban instrucciones adecuadas con el fin de eliminar el peligro que implican los excesos de violencia cuando se trata de controlar manifestaciones que pudieran entrañar alteración al orden público.”³⁴

b) Buenas costumbres

Tradicionalmente, la doctrina ha definido las buenas costumbres como “los comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en ésta” considerando que “la pauta de la moral de una determinada sociedad en una época también

³⁴ *Ibíd.*, párrafo 647.

determinada no la dan los ascetas, sino el término medio de los componentes de una agrupación social.”³⁵

El derecho contemporáneo ha planteado que las buenas costumbres son exigencias mínimas de sociabilidad impuestas en resguardo del bien de la sociedad. Estas exigencias mínimas de sociabilidad comprenden deberes generales de integridad y de ética que deben observarse en las relaciones con la comunidad en general.³⁶

Las buenas costumbres constituyen un límite al ejercicio del derecho de huelga. En este sentido, el ejercicio del derecho de huelga debe conformarse con patrones mínimos de sociabilidad, integridad y ética, descartando acciones violentas

c) Buena fe

El principio de buena fe se halla implícito en todas las figuras e institutos del derecho, sin que se manifieste en una fórmula general. El jurista

³⁵ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Chile, página 65.

³⁶ Enrique Barros Bourie. "Introducción a la doctrina del abuso de derecho. Límites a los derechos subjetivos privados" *Derecho y Humanidades, Universidad de Chile*.7 (1999).

español Luis Díez-Picazo manifiesta que el ordenamiento de jurídico exige la buena fe en cuanto importa una censura a una conducta deshonesta y en cuanto exige una conducta leal, diligente y confiable.

La buena fe comprende deberes que se imponen al titular de un derecho en consideración a la especial relación que tiene con el sujeto pasivo del derecho, esto es, con la persona que soporta el ejercicio de ese derecho. La buena fe es aplicable a toda situación en que surjan deberes recíprocos de cuidado.

La doctrina distingue buena fe objetiva y buena fe subjetiva. La buena fe subjetiva consiste en la legítima creencia de obrar conforme a derecho y en la razonable ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho. La buena fe objetiva, por su parte, consiste en una regla de conducta basada en la honestidad, rectitud y lealtad, conforme a un modelo de comportamiento, el del buen padre de familia.

Ligado al principio general de la buena fe y de las buenas costumbres se ha desarrollado la doctrina del abuso de derecho.

La doctrina del abuso de derecho pretende establecer límites al ejercicio de los derechos, de manera que, traspasados esos límites, se configura un ejercicio abusivo de los mismos.

Por una parte, la doctrina del abuso del derecho plantea que los derechos son reconocidos por la ley para la satisfacción de intereses colectivos, de modo tal que, deben ejercerse de conformidad con la función social para la cual son establecidos. Por otra parte, aborda el abuso como mecanismo de corrección al ejercicio excesivo o anormal de un derecho. A partir de esta consideración, esta doctrina sostiene que el ejercicio de los derechos reconoce un límite moral implícito, que consiste en la observancia de estándares mínimos de conducta de respeto a la comunidad. Luego, el abuso de derecho se configura cuando el titular de un derecho contraviene estos estándares mínimos de conducta. El principio de buena fe y buenas costumbres concretan, gracias a su generalidad, estos estándares mínimos de conducta en la medida que expresan reglas sociales implícitas, que complementan el derecho positivo y limitan el ámbito de lo jurídicamente lícito. En este sentido, resulta ilícito el ejercicio desproporcionado o impropio de un derecho, aun en el caso de que su titular lo haya ejercido conforme a las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico.

La buena fe limita el derecho de huelga. El derecho de huelga es un derecho subjetivo que otorga a sus titulares una serie de facultades, que deben asumir un correlativo deber de conducta. Por ello, en el ejercicio del derecho de huelga debe observarse una conducta honesta, leal, confiable, transparente y solidaria. Se afirma que el ejercicio de huelga debe ser armónico con los derechos fundamentales, de modo que las personas que

deben soportarlo también reciban protección. Así, el Comité de Libertad Sindical ha manifestado que “el derecho de huelga debe respetar la libertad de trabajo de los no huelguistas cuando la legislación así lo dispone, así como el derecho de la dirección de la empresa de penetrar en las instalaciones de la misma.”³⁷

Asimismo, son contrarios a la buena fe los actos de presión o de hostigamiento a los no huelguistas para que adhieran a la huelga.

Como se ha dicho, la buena fe es aplicable a toda situación en que surjan deberes recíprocos y en este contexto, el principio de buena fe obliga no sólo a quienes ejercen el derecho de huelga sino también a quienes soportan su ejercicio, principalmente, los empleadores. El Comité de Libertad Sindical se refiere expresamente a la buena fe que obliga al empleador al disponer que “la no contestación a un pliego de peticiones puede ser considerada como una práctica desleal contraria al **principio de buena fe** en la negociación colectiva que puede acarrear ciertas sanciones que prevea la legislación pero sin que lleguen a la obligación legal del empleador de pagar los días de huelga que es una cuestión que debería dejarse a las partes concernidas.”³⁸

³⁷ OIT, Op. cit., párrafo 652.

³⁸ *Ibíd.*, párrafo 657.

Igualmente, atenta el empleador contra el principio de buena fe al recurrir a la movilización forzosa de trabajadores de una empresa en caso de huelga y la contratación de trabajadores en sustitución de huelguistas. Ambas acciones del empleador no sólo vulneran la buena fe sino que también afectan gravemente la eficacia del derecho de huelga y constituyen violación a los principios de libertad sindical. Así lo ha establecido el Comité de Libertad Sindical al concluir que “el uso de la fuerza armada y la movilización de huelguistas con el fin de acabar con una huelga de reivindicaciones profesionales, salvo en el caso de los servicios esenciales o en circunstancias de la más alta gravedad, constituyen una violación grave de la libertad sindical” y que “si una huelga es legal, el recurso a la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas, por una duración indeterminada, entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales.”³⁹

d) Razonabilidad

El principio de razonabilidad refiere que los derechos deben ejercerse de acuerdo a la razón, sin incurrir en conductas abusivas.

³⁹ *Ibíd.*, párrafo 635 y 633.

Américo Plá manifiesta que “el principio de razonabilidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. Se trata, como se ve, de una especie de límite o de freno formal y elástico al mismo tiempo, aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro y, sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles.”⁴⁰

El principio de razonabilidad está orientado a impedir arbitrariedades en el ejercicio de facultades conferidas por la ley.

De la aplicación de este principio en el ámbito del derecho de huelga surge que su ejercicio no puede exceder parámetros de razonabilidad, de sentido común, propios del hombre común. Es por ello, que el Comité de Libertad Sindical ha reiterado que no quedan amparados por los principios de libertad sindical los actos de huelga en la medida que pierden su carácter pacífico.

El principio de razonabilidad es análogo al principio de proporcionalidad, en cuanto exige equilibrio entre las ventajas de una parte y los intereses sacrificados de otro derecho. De modo que, por la aplicación de

⁴⁰ Plá Rodríguez, Américo, Los Principios del Derecho del Trabajo, 3° edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1998, página 284.

este principio al derecho de huelga, tampoco es aceptable que los daños causados por su ejercicio sean desproporcionados en relación a los motivos que dan origen a la acción reivindicativa o de protesta, considerándose los derechos de quienes soportan sus consecuencias.

e) Finalidad o función social

Josserand argumenta que “cada uno de los derechos tiene su propia misión que cumplir, lo que equivale a decir que cada derecho debe realizarse conforme a los fines de la institución”.⁴¹

De acuerdo al planteamiento de Josserand, los derechos reconocidos por la ley satisfacen intereses colectivos. Este enfoque entiende que los derechos se ejercen en una comunidad organizada, asegurando que cada derecho se conforme con el fin o función social para el cual fue establecido. Así, surge la noción de la relatividad de los derechos subjetivos y del ejercicio solidario de los derechos.

La función o fin social del derecho de huelga es la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores. Su ejercicio, entonces, debe

⁴¹ JOSSERAND, L., Del abuso de derecho y otros ensayos, 1° edición, Editorial Temis, 1982, Bogotá

ajustarse a la función social que el ordenamiento jurídico le ha asignado y reconocido.

En caso que el derecho de huelga se ejerza con una finalidad ajena a la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores, se desvirtúa y constituye un abuso de derecho, una extralimitación en su ejercicio.

7.3. Sanciones a extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga

Las extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga suponen una vulneración de los límites internos o externos del derecho.

Por lo general, las legislaciones nacionales prevén sanciones para las extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga que, en atención a su gravedad, van desde el despido hasta sanciones de carácter económico o penal.

En esta materia, el Comité de Libertad Sindical parte del postulado de que “los principios de la libertad sindical no protegen extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga que consistan en acciones de carácter

delictivo.”⁴² Ahora bien, las sanciones que las legislaciones nacionales contemplen, de acuerdo a los órganos de control de la OIT, deberán ser siempre proporcionales a la gravedad de la infracción y sólo podrían ser de carácter penal cuando se hayan infringido prohibiciones establecidas en conformidad con los principios de libertad sindical, excluyendo en todo caso, la medida de privación de libertad para quienes organicen o participen en una huelga pacífica. De este modo, tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones han expresado su opinión contra la criminalización de la huelga.

Por otra parte, los órganos de control de la OIT han sido enfáticos en declarar que el reconocimiento del derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores implica el derecho a suspender el contrato de trabajo sin que de ello se deriven sanciones, esto es, supone la conservación del vínculo laboral. En consecuencia, el ejercicio del derecho de huelga no debe acarrear el despido ni la discriminación en contra de los huelguistas.

Sobre esta materia, el Comité de Libertad Sindical ha resuelto que “el despido de trabajadores a raíz de una huelga legítima constituye una grave discriminación en materia de empleo por el ejercicio de una actividad sindical

⁴² OIT, Op. cit., párrafo 667.

lícita, contraria al Convenio n° 98” y que “el respeto a los principios de la libertad sindical requiere que a los trabajadores no se les despida o deniegue el reingreso por participar en una huelga u otro tipo de acción reivindicativa. A estos fines es irrelevante si el despido se produce durante la huelga o después de la misma. Lógicamente, debería ser irrelevante igualmente que el despido se produzca con anterioridad a la huelga si la finalidad del mismo es impedir o sancionar el ejercicio del derecho de huelga.”⁴³

Estando suspendido el contrato de trabajo durante el ejercicio del derecho de huelga, resulta lógico que la obligación de remunerar del empleador también esté suspendida.

8. CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE HUELGA

Los órganos de control de la OIT han instalado en el ámbito internacional el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores e imprescindible en las sociedades democráticas. De esta

⁴³ *Ibíd.*, párrafo 661 y 663.

suerte, el derecho de huelga como un elemento indispensable de la libertad sindical, es reconocido de manera prácticamente universal.

El derecho de huelga es funcionalmente un derecho social, esto es, un instrumento al servicio de la igualdad material. Es precisamente esta igualdad material a la que sirve funcionalmente la huelga la que exige y justifica la desigualdad jurídica que el derecho de huelga supone. En efecto, el derecho de huelga es un derecho fundamental cuyo titular no es el hombre en abstracto, sino el hombre situado en desventaja socioeconómica y de subordinación jurídica, en definitiva, el trabajador asalariado.

La huelga como derecho social al servicio de la igualdad material necesariamente implica considerar su dimensión sociológica. En la huelga como fenómeno social inciden los cambios económicos, sociales, la evolución tecnológica, la globalización de la economía a través del desarrollo de empresas multinacionales, transnacionales y globales, que impactan en las condiciones de producción de bienes y servicios y en las relaciones de trabajo.

En este contexto, el derecho de huelga mantiene vigente su importancia en la medida que permite incrementar el peso político de los trabajadores mediante el ejercicio de una autotutela colectiva en pos de una real igualdad material.

II. DERECHO DE HUELGA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

La normativa chilena del derecho de huelga se caracteriza por representar una excepcionalidad en el panorama del derecho comparado y por su distanciamiento de la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo.

Nuestra actual legislación sobre el derecho de huelga tiene su origen en el “Plan Laboral” y se cimienta en la negación del conflicto colectivo en las relaciones laborales. En este contexto, resulta lógica la hostilidad que revela nuestro ordenamiento jurídico respecto del derecho de huelga.

1. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE HUELGA EN CHILE

1.1. Constitución Política de la República

La Constitución Política de la República en el inciso final del número 16 del artículo 19 dispone: “No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas

que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”

El inciso final del número 16 del artículo 19 de la Constitución en primer lugar; no habla de “derecho de huelga”, en segundo lugar, declara qué trabajadores no pueden declararse en huelga y por último, señala claramente que la ley dispondrá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición antes establecida.

La redacción de este inciso está cargada de términos con contenido de negación, tales como ‘no’, ‘tampoco’ y ‘prohibición’. Del catálogo de derechos contenidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, los que corresponden a derechos colectivos, esto es, el derecho de asociación (numeral 15) y los comprendidos en la libertad de trabajo y su protección (numeral 16), entre los que se encuentra la negociación colectiva y la huelga, así como el derecho de sindicación (numeral 19) están notoriamente restringidos y su ejercicio sujeto a diversas limitaciones y prohibiciones.

El texto constitucional trata con recelo los derechos colectivos. Y dentro de los derechos colectivos, el que más desconfianza le produce es, precisamente, el derecho de huelga, principalmente por su carácter colectivo y reivindicatorio.

En conclusión, el numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República no reconoce explícitamente el derecho de huelga; por el contrario, su reconocimiento es implícito y en términos negativos. Al respecto, la doctrina coincide en concluir que si la norma constitucional prohíbe un caso específico de huelga, corresponde interpretar a contrario sensu que en los demás casos, se reconoce el derecho de huelga y su ejercicio. Así, Pedro Irureta señala que “en la Constitución de 1980 la huelga no se reconoce como un explícito derecho de los trabajadores, aun cuando indirectamente se admite su existencia.”⁴⁴. En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema al manifestar que “en nuestro país la Constitución de 1980 implícitamente reconoce la huelga como derecho y sólo la prohíbe para los funcionarios del Estado”⁴⁵.

⁴⁴ IRURETA URIARTE, Pedro. “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 n°16 de la Constitución chilena”. Colección de Investigaciones Jurídicas. UAH N°9, 2006, página 188.

⁴⁵ Corte Suprema, Rol N°7.244, de 30 de agosto de 1988. Citado en: Informe anual sobre derechos humanos en Chile. 2008. Universidad Diego Portales.

Por su parte, el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución Política de la República dispone: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

La práctica de los tribunales nacionales – a falta de norma – ha determinado el procedimiento de incorporación de los instrumentos internacionales a nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, han resuelto que los instrumentos internacionales adquieren vigencia interna sólo por la promulgación y publicación del respectivo decreto presidencial y del texto del tratado internacional en el Diario Oficial.

La doctrina es prácticamente uniforme en considerar que, en virtud del inciso 2° del artículo 5 de la Constitución Política de la República, los tratados internacionales que consagran derechos humanos adquieren rango constitucional, siendo imperativa la aplicación de los derechos y obligaciones establecidos en dichos instrumentos internacionales⁴⁶.

⁴⁶ MEDINA, C., “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en MEDINA, C. y MERA, J., *Sistema jurídico y Derechos Humanos*; Cuadernos de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales n° 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p.64.

Chile suscribió el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 16 de septiembre de 1969 y lo ratificó el 10 de febrero de 1972. Con fecha 27 de mayo de 1989 fue promulgado y el 28 de abril de 1989 fue publicado en el Diario Oficial. Asimismo, el Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y Protección a la Sindicación fue ratificado por Chile el 10 de noviembre de 1998, promulgado el 17 de febrero de 1999 y publicado en el Diario Oficial, el 12 de mayo de 1999.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en su artículo 8 que:

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

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”.

El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, al que remite el número 3 del artículo 8 del Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el Convenio n° 87 sobre Libertad

Sindical y Protección del Derecho de Sindicación. El Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha interpretado y concluido que el derecho de huelga se encuentra contenido en los artículos 3 y 10 del Convenio n° 87.

El artículo 3 del Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación establece que: “1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción; 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”. El artículo 10 del mismo Convenio señala que: “En el presente Convenio, el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.

En virtud de la letra d) del numeral 1° del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Chile se compromete a garantizar el derecho de huelga y en atención al numeral 3° del mismo Pacto – como Estado Parte del Convenio n°87 de la Organización Internacional del Trabajo –, se compromete a no adoptar medidas legislativas

que menoscaben la libertad sindical y el derecho de sindicación, así como a no aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

En conclusión, estando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio n° 87 de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Chile, promulgados y publicados en el Diario Oficial y actualmente en vigencia, el derecho de huelga se encuentra incorporado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional – más allá de que el texto constitucional lo haga de modo implícito y en términos negativos – por aplicación del inciso 2° del artículo 5 de la Constitución Política de la República. Más aun considerando que Chile ratificó el Convenio n° 151 el 18 de abril de 2000, lo promulgó el 11 de septiembre del mismo año y lo publicó en el Diario Oficial el 26 de diciembre también de 2000, la titularidad del derecho de huelga es reconocida a los trabajadores del sector público con rango constitucional, ya que el artículo 19 de dicho Convenio dispone que: “Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones”.

No obstante lo anterior, el artículo 20 de la Constitución Política de la República excluye expresamente al derecho de negociación colectiva y huelga de la tutela que otorga el recurso de protección.

1.2. Código del Trabajo

La huelga se encuentra reglamentada en el Título VI “De la huelga y del cierre temporal de la empresa” del Libro IV “De la negociación colectiva” del Código del Trabajo.

Es de destacar que el articulado relativo a la huelga contenido en el Código del Trabajo jamás se refiere a la huelga como un derecho, al contrario de lo que sucede con el lock-out o cierre temporal de la empresa que, conforme dispone el inciso 2° del artículo 375 es “el **derecho** del empleador, iniciada la huelga, a impedir temporalmente el acceso a todos los trabajadores a la empresa o predio o al establecimiento”.

Nuestra legislación laboral establece un modelo de huelga contractual, asignándole como única y determinada finalidad la negociación o renegociación de un convenio colectivo. Dentro de este modelo, la huelga en el Código del Trabajo es considerada como una etapa dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, de modo tal que cualquier

huelga que no se inscriba en este procedimiento y que no tenga como finalidad la negociación o renegociación de un convenio colectiva, es ilícita.

El Código del Trabajo instaura un modelo de huelga altamente reglada e intervenida. Al respecto, la doctrina extranjera ha manifestado que “la posición marginal surge de la propia ubicación que muchas legislaciones le otorgan al ejercicio del derecho de huelga como mecanismo de autotutela y de solución de conflicto. Según las características del derecho reglamentario de las legislaciones incluidas en estudio, el derecho de huelga es puesto lo más lejos posible de su utilización efectiva y aún aceptándolo (porque no hay más remedio) se prevén formas de intervención estatal que arrasan con el derecho fundamental sin correspondencia o contrapartida. Tal es el caso por ejemplo de Chile donde la ley plantea la posibilidad de que la autoridad estatal corte el desarrollo de la huelga con un acto de autoridad del Poder Ejecutivo.”⁴⁷

1.3. Ley n° 12.927 sobre Seguridad del Estado

La legislación chilena tipifica la huelga como delito en la Ley n° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

⁴⁷ FERNÁNDEZ, H., “Derecho de huelga y medios de composición de los conflictos colectivos de trabajo”, Relaciones Laborales, n° 10, Uruguay, 1996, p.75.

El Título IV, “Delitos contra la normalidad de las actividades nacionales”, de la Ley n° 12.927 sobre Seguridad del Estado comprende dos artículos, 11 y 12.

El artículo 11 dispone: “Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos, o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio.

En la misma pena incurrirán los que induzcan, inciten o fomenten alguno de los actos ilícitos a que se refiere el inciso anterior.

En tiempo de guerra externa la pena será presidio o relegación menores en su grado medio a presidio o relegación mayores en su grado mínimo”.

De esta manera, a través de del artículo 11 de la Ley sobre Seguridad del Estado, el ordenamiento jurídico chileno procede a la criminalización de la huelga. Sobre el artículo 11 de la Ley n° 12.927, el Informe anual sobre derechos humanos en Chile del año 2008 concluye: “Se trata de un completo despropósito legislativo el criminalizar las huelgas que no se sujetan a las

leyes, disposición legal prácticamente injustificable en el estado actual de avance del Derecho Internacional, donde la huelga, como ya se ha apuntado reiteradamente en este capítulo, corresponde a un derecho fundamental. Se trata, en rigor, de una norma legal que más que dirigida a sancionar las huelgas ilícitas busca criminalizar la disidencia político laboral, y así lo confirma las veces que se le ha dado aplicación”⁴⁸.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que “únicamente debería ser posible imponer sanciones por acciones de huelga en los casos en los que las prohibiciones de que se trate estén de acuerdo con los principios de la libertad sindical. Ahora bien, incluso en tales casos, tanto la jurisdiccionalización excesiva de las cuestiones relacionadas con las relaciones laborales como la aplicación de graves sanciones por acciones de huelga pueden provocar más problemas que los que resuelven. La imposición de sanciones penales desproporcionadas no favorece en modo alguno el desarrollo de relaciones armoniosas y estables y, si se imponen penas de prisión, las mismas debería justificarse en virtud de la gravedad de las infracciones cometidas y estar sometidas a un control judicial regular. En consecuencia, la Comisión pide al Gobierno (de Chile) que tome las medidas necesarias para que dicha disposición sea derogada a fin de poner la legislación en conformidad con las

⁴⁸ Informe anual sobre derechos humanos en Chile. 2008. Universidad Diego Portales, p.161.

disposiciones del Convenio y que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada al respecto”⁴⁹.

1.4. Ley n° 18.834 que aprueba el Estatuto Administrativo

La letra i) del artículo 78 del Estatuto Administrativo, en armonía con la prohibición del ejercicio del derecho de huelga que afecta a los funcionarios del Estado y las municipalidades establecida en el n° 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, dispone que: “ El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones: i) Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado”.

La letra i) del artículo 78 del Estatuto Administrativo no sólo prohíbe a los funcionarios públicos el ejercicio del derecho de huelga sino que incluso prohíbe su sindicación. Ante esta prohibición extrema, los funcionarios públicos con el objeto de organizarse recurrieron a la figura de las asociaciones que son expresión del derecho de asociación consagrado en el

⁴⁹ Observaciones Individuales a Chile sobre Convenio n°87 de Libertad Sindical, Comisión de Expertos en Aplicación de Normas de la Organización Internacional del Trabajo, 2007.

n° 15 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y que se rigen por las normas civiles aplicables a este derecho.

Por la ratificación, promulgación y publicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Convenio n° 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, del Convenio n° 98 sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva y del Convenio n° 151 sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública de la Organización Internacional del Trabajo, la letra i) del artículo 78 del Estatuto Administrativo puede entenderse derogada, a lo menos en lo que dice relación con la prohibición de sindicación de los funcionarios públicos.

Es destacar tal como se menciona en moción – impulsada desde el Senado – sobre negociación colectiva y derecho a huelga de los funcionarios públicos que:

“Según la información de la Dirección del Trabajo, durante el año 2008, las huelgas legales y movilizaciones en el sector privado constituyeron un 74% del total, alcanzando un universo de 60.000 trabajadores (paralización del transporte de carga). En contraste, las diez empresas o sectores de la esfera pública afectadas por paralizaciones involucraron más

de 450.000 trabajadores y profesionales alcanzando un 93% de los involucrados y un 80% del costo asociado por persona y día de trabajo, cifra sustantivamente mayor a la observable en el sector privado⁵⁰.

No obstante, la prohibición consagrada en la letra i) del artículo 78 del Estatuto Administrativo, en la práctica el sector público negocia colectivamente y participa en huelgas, interrupciones o paralizaciones de actividades con más éxito y mayor repercusión que el sector privado. La razón de esta paradoja está en la fortaleza de las asociaciones de funcionarios públicos y su poder negociador, que ha permitido que las autoridades acepten estas negociaciones colectivas ilegales – atípicas como las denomina Sergio Gamonal – ya sea por servicio o por rama de actividad, y de las que han resultado acuerdos sobre remuneraciones y condiciones de trabajo que tienen el carácter de convenios colectivos sui generis.

1.5. Ley n° 18.883 que aprueba Estatuto Administrativo para funcionarios municipales

⁵⁰ Boletín n° 7293-07 sobre negociación colectiva y derecho de huelga de los funcionarios públicos. Esta moción impulsada desde el Senado fue rechazada por no haberse reunido el quórum constitucional requerido.

El texto de la letra i) del artículo 82 del Estatuto Administrativo para funcionarios municipales es el mismo de la letra i) del artículo 78 del Estatuto Administrativo:

“El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones: i) Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración”.

Las observaciones formuladas en relación a la letra i) del artículo 78 del Estatuto Administrativo son plenamente válidas para la disposición contenida en la letra i) del artículo 82 del Estatuto Administrativo para funcionarios municipales.

2. RÉGIMEN LEGAL CHILENO DEL DERECHO DE HUELGA

El Código del Trabajo regula la huelga en el Título VI del Libro IV (artículos 369 a 385). La huelga, según establece el artículo 370 del Código

del Trabajo, constituye la última etapa del procedimiento de negociación colectiva, a falta de acuerdo de las partes.

El derecho de huelga está sometido a diversas restricciones, que se analizan a continuación.

2.1. Negociación colectiva

La negociación colectiva es la primera traba que limita el ejercicio del derecho de huelga. El carácter restrictivo de la negociación colectiva y en consecuencia – tal como se concibe en nuestra legislación –, de la huelga encuentra sus raíces en el Decreto Ley n° 2.758 de 1979 sobre Negociación Colectiva, cuyo contenido ha experimentado escasas y poco significativas modificaciones.

Hasta nuestros días los considerandos del Decreto Ley n° 2.758 de 1979 determinan las características normativas de la negociación colectiva y la huelga en Chile. Los considerandos de ese texto normativo expresan lo siguiente:

“Considerando:

1. Que el Acta Constitucional n° 3 dispone que la ley establecerá los mecanismos adecuados para lograr una solución equitativa y pacífica de las negociaciones colectivas.
2. Que la ley debe propender al establecimiento de un proceso de negociación colectiva que, debidamente regulado, permita a las partes ejercer los derechos que les son propios.
3. Que, asimismo, las disposiciones que regulen la negociación colectiva deben facilitar que exista una relación de trabajo flexible, mediante normas que fijen adecuadamente las obligaciones y derechos de las partes, así como evitar que los resultados de esta negociación colectiva perjudiquen legítimos derechos de terceros.
4. Que para lograr resultados positivos en un proceso de negociación colectiva es conveniente radicarlo en la unidad de empresa, pues de esa manera es posible lograr que los trabajadores obtengan una remuneración que siendo justa, se adecue a su productividad.
5. Que todo proceso de negociación requiere que ésta sea tecnificada, esto es, que las partes negocien con un completo y cabal dominio de los antecedentes que justifiquen las distintas argumentaciones, contando incluso con la asesoría necesaria.
6. Que el proceso de negociación tiene por naturaleza la finalidad de evitar conflictos o facilitar su solución, lo que requiere, además, que aquél sea responsable e integrador, con cuyo objeto es preciso que las partes

puedan convenir mecanismos de mediación y arbitraje, de modo que el recurso de la huelga sólo se adopte en casos en que sea imposible lograr una solución, con los riesgos consiguientes para empleadores y trabajadores.”

De acuerdo a los principios expuestos en los considerandos del Decreto Ley n° 2.758, el artículo 303 del Código del Trabajo dispone que:

“Negociación colectiva es el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes.

La negociación que afecte a más de una empresa requerirá siempre acuerdo previo de las partes”

El concepto de negociación colectiva del artículo 303 del Código del Trabajo difiere sustancialmente de la definición contenida en el artículo 2° del Convenio n° 154 sobre la Negociación Colectiva que establece que “[...] negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones

de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

A la luz del concepto de negociación colectiva desarrollado por la OIT, se aprecian las limitaciones a que somete nuestra legislación este derecho fundamental de los trabajadores. Así, a la negociación colectiva se le atribuye el carácter de procedimiento, se incorporan como titulares de la negociación colectiva a grupos negociadores, se restringen las materias susceptibles de negociación colectiva a las condiciones comunes de trabajo y las remuneraciones por un tiempo determinado y se limita su procedencia al nivel de empresa, toda vez que la negociación colectiva que afecte a más de una empresa requiere siempre acuerdo previo de las partes.

En efecto, los artículos 304 y 305 del Código del Trabajo señalan que trabajadores pueden negociar colectivamente y aquellos que quedan excluidos del ejercicio de este derecho. De conformidad con estos artículos, el derecho a la negociación colectiva queda restringido básicamente a los trabajadores de empresas del sector privado y de aquellas en que el Estado tenga aportes, participación o representación, que no estén sujetos a contrato de aprendizaje o a contrato por obra o faena transitoria o de

temporada, que carezcan de facultades de administración y de autorización para contratar o despedir y que no ejerzan cargos de mando e inspección y siempre que se desempeñen en empresas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendarios, no hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos y que haya transcurrido más de un año desde el inicio de sus actividades.

Por disposición del artículo 1° del Código del Trabajo quedan excluidos del derecho a negociar colectivamente los trabajadores del sector público, esto es, los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial y los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación y que se encuentren sometidos a un estatuto especial.

Entre los límites al ámbito objetivo de la negociación colectiva, el que mayor problema interpretativo ocasiona es el que se formula en el inciso 3° del artículo 304 del Código del Trabajo en los siguientes términos “Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones privadas o públicas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos”. La lógica hace suponer

que si bien en el inciso 1° de la misma disposición se establece la regla general de que la negociación colectiva puede tener lugar “en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación”, al excluir de la negociación colectiva a las empresas o instituciones privadas o públicas que hayan sido financiadas en más de un 50% por el Estado, en forma directa o mediante derechos o impuestos, la extensión de los trabajadores exceptuados del ejercicio de este derecho es muy amplia, más aun si se considera el ámbito de aplicación de las normas del Código del Trabajo preceptuado en el inciso 2° del artículo 1° de este cuerpo legal.

La Dirección del Trabajo, haciéndose cargo de la amplitud con que esta restricción a la negociación colectiva puede ser interpretada, ha fijado el sentido y alcance del artículo 304 del Código del Trabajo precisando a quienes afecta la exclusión del derecho a negociar colectivamente y la oportunidad en que corresponde invocar esta limitación.

Mediante Ordinario n° 3069/0153 de 14 de febrero de 2001, la Dirección del Trabajo⁵¹ resolvió:

⁵¹ En este mismo sentido se pronunció la Dirección del Trabajo en Ordinario n° 845/24 de 28 de febrero de 2005.

“[...] En la misma disposición (artículo 304 del Código del Trabajo) se indican, además, las empresas e instituciones marginadas del sistema de negociación, y pueden resumirse como sigue:

1. Las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio.
2. Las empresas en que leyes especiales lo prohíban.
3. Las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años, hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado.

Del mismo precepto, en estudio, se desprende que existen instituciones o entes que se encuentran definitivamente al margen de la negociación colectiva, como es el caso de los señalados en los numerales 1) y 2) que anteceden, y otros como los indicados en el número 3) en que, atendido que el financiamiento de la respectiva empresa es una situación de hecho, deberá evaluarse en cada caso la posición en que se encuentra la entidad en cuestión.

[...] De lo expuesto en el párrafo anterior es dable colegir que la Corporación en comento tiene el carácter de entidad privada, de tal manera, que es posible sostener que, por encuadrarse dentro de las situaciones previstas en

el inciso 1º del artículo 304 del Código del Trabajo, correspondería a la citada Entidad negociar colectivamente con sus trabajadores. No obstante lo señalado precedentemente, la conclusión anunciada podría verse alterada por la forma en que se hubiere financiado su presupuesto, en cualquiera de los dos últimos años calendario. **En efecto, si alguno de dichos presupuestos hubiere sido costeadado por el Fisco en más de un 50%, no podría, de acuerdo con la norma legal pertinente, negociar de manera reglada con sus trabajadores.**

Ahora bien, aclarado lo anterior corresponde pronunciarse respecto del momento u oportunidad en que corresponde invocar esta limitación y, a su vez, establecer a quien corresponde emitir el pronunciamiento correspondiente. A juicio de esta Dirección del Trabajo, el planteamiento respecto de la eventual prohibición que esta Institución podría tener de negociar colectivamente con sus trabajadores, debe efectuarse dentro del proceso de negociación colectiva y debe ser resuelto por la autoridad competente. En este caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 331 del Código del Trabajo, el Inspector del Trabajo en donde se radique el proceso de negociación respectivo, en el trámite denominado objeciones de legalidad.

[...] Con todo, cabe hacer presente que aún en el evento que la empresa no pudiera recurrir al procedimiento de negociación colectiva

reglada, bien puede celebrar negociaciones directas con sus trabajadores con el objeto de suscribir un convenio colectivo en la forma prevista en el artículo 314 del Código del Trabajo.

[...] La forma de negociación que consigna la disposición en comento no está afectada a restricción alguna y no debe sujetarse a ninguna norma de procedimiento, pudiendo ser iniciada tanto por un sindicato como por un grupo de trabajadores organizados al efecto toda vez que la ley no ha hecho ninguna distinción al respecto.”

El último dictamen emitido por la Dirección del Trabajo sobre esta materia es el Ordinario n° 3356/050 de 1 de septiembre de 2014. En este pronunciamiento la Dirección declara que:

“[...] De la disposición legal transcrita (artículo 304 del Código del Trabajo) se desprende, en primer término, que el legislador reconoce como regla general el derecho a negociar colectivamente, tanto de los trabajadores que laboran en el sector privado, como aquellos que se desempeñan en las empresas que dirige, controla o administra el Estado con aportes, participación o representación. Asimismo, goza de tal derecho el personal de los establecimientos educacionales particulares subvencionados conforme al Decreto Ley 3.476, de 1980, actual D.F.L. N°5, de 1993, del Ministerio de Educación y de los establecimientos educacionales que imparten enseñanza

técnico-profesional administrados por corporaciones privadas con arreglo al D.L. 3.166, de 1980.

[...] El citado precepto precisa igualmente cuáles son las empresas e instituciones marginadas de la negociación colectiva, a saber:

1. Las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio.
2. Las empresas afectas a tal prohibición con arreglo a leyes especiales.
3. Las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años, hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado.

De este modo, en virtud de lo previsto en la norma en comento, es posible colegir que existen entidades o instituciones a quienes se las ha marginado de negociar colectivamente con sus trabajadores, como es el caso de las señaladas en los numerales 1 y 2 que anteceden.

En lo que concierne a aquellas indicadas en el numeral 3, por cuya situación se consulta, cabe hacer presente que de la disposición legal en estudio se infiere que tal prerrogativa está condicionada al evento de que sus presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años, no hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado, circunstancia que en

conformidad a la jurisprudencia reiterada y uniforme de este Servicio, contenida, entre otros, en los dictámenes 3069/153, de 14.08.2001 y 845/24, de 28.02.2005, debe evaluarse en cada caso en particular, durante el proceso de negociación colectiva, específicamente en el trámite de respuesta al proyecto de contrato colectivo respectivo, establecido en el artículo 329 del mismo cuerpo legal, planteamiento que debe ser resuelto por la autoridad competente, vale decir, el Inspector del Trabajo o el Director del Trabajo, en su caso, al momento de resolver las objeciones de legalidad interpuestas por la comisión negociadora de los trabajadores.

[...] Ahora bien, en lo que concierne al sentido y alcance que debe darse al precepto recién citado, para los efectos de su aplicación por la autoridad administrativa en materia laboral, específicamente en cuanto a que la prohibición de negociar allí establecida recae en las empresas o instituciones públicas o privadas «...cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más del 50% por el Estado, directamente...» debe tenerse presente que, tratándose de una norma de excepción como la analizada, ésta debe aplicarse en forma restrictiva, vale decir, circunscrita específicamente a la situación regulada por el legislador, con el objeto de no afectar la garantía contenida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, a través de la cual se otorga a la negociación colectiva el rango de derecho fundamental.

Corrobora lo expuesto la disposición contenida en el artículo 4 del Convenio N°98, de la OIT, que consagra el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Atendiendo a las argumentaciones formuladas es posible sostener que por la expresión «...cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más del 50% por el Estado, directamente...» utilizada por el legislador en la norma en comento, debe entenderse que tal prohibición solo rige cuando los aportes respectivos hubieren sido entregados a las empresas o instituciones de que se trata a título gratuito por el Estado, en razón de haberse acogido dichas entidades a un régimen legal o convencional previsto para tal efecto, sin que pese sobre estas, por ende, la obligación de efectuar contraprestación alguna en compensación por tal provisión de fondos.

Por el contrario, no constituirá financiamiento directo del Estado, en los términos previstos en el precepto en estudio, el desembolso de fondos públicos transferidos a las referidas entidades con la finalidad de obtener de estas una prestación recíproca en bienes o servicios, circunstancia que deberá determinarse por este Servicio en la investigación que corresponda efectuar a la Inspección del Trabajo respectiva en forma previa a resolver sobre la materia, en la oportunidad precisada en párrafos precedentes.

Precisado lo anterior cabe todavía agregar que sostener una tesis contraria a la planteada, vale decir, que el precepto en estudio debe ser objeto de una interpretación extensiva y concluir, por tanto, que constituye financiamiento directo cualquier desembolso de fondos que efectúe el Estado a favor de las empresas o instituciones de que se trata, con prescindencia de cualquiera otra consideración, importaría una contravención al precepto del artículo 5º, inciso 2º de la Constitución Política, según el cual: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

Por su parte, el artículo 19 Nº 26 de la citada Constitución, prevé: «La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio».

El contenido de tales disposiciones constitucionales reafirma lo ya expuesto acerca de la procedencia de recurrir a una interpretación restrictiva de la

norma del citado inciso 3º del artículo 304, a fin de no afectar un derecho esencial como el analizado.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones constitucionales, legales y supranacionales citadas, y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. **que la prohibición de negociar impuesta a través del artículo 304 inciso 3º del Código del Trabajo a las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiados en más del 50% directamente por el Estado, rige solo en caso de que los aportes estatales respectivos se hubieren entregado a título gratuito a las referidas entidades, por haberse acogido estas a un régimen legal o convencional previsto al efecto, que no implique a su respecto la obligación de efectuar contraprestación alguna en compensación por tal provisión de fondos.”**

Atendido lo resuelto por la Dirección del Trabajo, el derecho a negociar colectivamente constituye la regla general para los trabajadores del sector privado y para aquellos que se desempeñan en empresas o instituciones financiadas por el Estado a través de aportes, participación o representación, siempre que este financiamiento no se haya otorgado a título gratuito. Adicionalmente, para el evento de que los trabajadores se encuentren excluidos del derecho a negociar por prestar servicios en una

empresa que recibe aporte, participación o representación del Estado a título gratuito, la autoridad laboral declara que procede la negociación colectiva no reglada.

En el ámbito subjetivo de la negociación colectiva, el Plan Laboral introdujo dos importantes y controvertidas innovaciones, que se mantienen en la legislación actual. Estas innovaciones que tuvieron el propósito de debilitar la acción y el poder de los sindicatos son: por una parte, la incorporación de “trabajadores que se unan para tal efecto” como sujetos legitimados activamente para negociar y por otra parte, el paralelismo sindical, al consagrar un sistema que favorece la constitución de múltiples sindicatos al interior de cada empresa que rivalizan entre sí y a la vez con los grupos negociadores. Todo ello, en un escenario de atomización sindical dada por la preeminencia de la negociación colectiva a nivel de empresa, ha conducido inevitablemente a la pérdida de poder negociador de los trabajadores, a la disminución de la influencia sindical y en definitiva, a la escasa posibilidad de éxito de las reivindicaciones laborales.

El artículo 4° del Convenio n° 98 sobre Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de la OIT radica la titularidad del derecho de negociación colectiva en las organizaciones de trabajadores. Las organizaciones de trabajadores se distinguen por su naturaleza permanente frente a los grupos o coaliciones negociadoras que son de carácter temporal

ya que una vez logrado el objetivo que motivó su constitución desaparecen. Por su parte el Comité de Libertad Sindical ha resuelto que: “Debería estimularse y fomentarse entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”⁵².

Este órgano de control de la OIT, adicionalmente ha precisado que: “La Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91)⁵³, da preeminencia, en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en el caso de ausencia de tales organizaciones. En estas circunstancias, la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la

⁵² OIT, Op. cit., párrafo 880.

⁵³ Recomendación n° 91 sobre los contratos colectivos 2. (1) dispone: “A los efectos de la presente Recomendación, la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”.

negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores”⁵⁴.

Recientemente, consultado el Director de la OIT para el Cono Sur de América Latina, Guillermo Miranda, sobre la titularidad de la negociación colectiva, señaló: “El convenio de la OIT promueve el fortalecimiento y desarrollo de la organización sindical, por lo tanto entiende que la negociación colectiva la debe llevar adelante el sindicato”. Manifestó, además que “sólo en circunstancias de inexistencia de sindicatos pudiera negociar los grupos negociadores, que es una figura local (sólo de Chile)”⁵⁵.

El Decreto Ley n° 2.758 de 1979 estableció un modelo de negociación colectiva descentralizado que subsiste hasta la actualidad. Este modelo promueve la negociación colectiva por empresa, lo que importa de hecho la fragmentación de la negociación por unidades productivas, multiplicidad de sindicatos negociando y resultados diversos en función de la capacidad y fuerza negociadora de cada uno de ellos. El Plan Laboral optó por la negociación colectiva descentralizada con el objeto de impedir la existencia de sindicatos fuertes, que llevaran a cabo una eficaz defensa de los intereses de los trabajadores.

⁵⁴ Ibíd, párrafo 944.

⁵⁵ TORO M., Pía. 2014. Entrevista con Guillermo Miranda: Director de la OIT de A. Latina plantea que fin de reemplazo en huelga debiera considerar turnos internos. [en línea] El Pulso en Internet. 6 de octubre 2014.<<http://static.pulso.cl/20141006/2014354.pdf>

Para el legislador de 1979 era tan relevante fijar el nivel de la negociación colectiva en la empresa que con el propósito de hacer inamovible este modelo se preocupó de dejarlo establecido con rango constitucional. Es así como el inciso 5° del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República dispone que: “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores [...]”.

El Código del Trabajo limita la negociación colectiva al nivel de empresa ya que toda negociación colectiva que afecte a más de una empresa requiere acuerdo previo de las partes.

Con las reformas legales incorporadas por la Ley n° 19.069 de 1991 y la Ley n° 19.759 de 2001 se puso término a la prohibición expresa de negociación colectiva en un nivel superior a la empresa prevista por el Código del Trabajo. Sin embargo, esta negociación colectiva interempresa, que en ningún caso constituye negociación sectorial, se caracteriza por involucrar únicamente a los trabajadores que han consentido en ella y por ser voluntaria para el empleador. En consecuencia, la negociación colectiva interempresa es una opción simbólica y carente de eficacia ya que la sola negativa del empleador, sin expresión de causa, basta para que la negociación no prospere, a pesar de los esfuerzos realizados por los trabajadores en el proceso previo de estudio y recopilación de antecedentes e información para la presentación de un proyecto de contrato colectivo.

En cuanto al nivel en que se desarrolla la negociación colectiva, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “En base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4° del Convenio n° 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad de trabajo.” Del mismo modo este Comité ha resuelto que: “La legislación no debería obstaculizar la negociación colectiva a nivel de Industria”⁵⁶.

En consonancia con la restricción de la negociación colectiva a nivel de empresa, el Código del Trabajo prevé tres procedimientos de negociación colectiva: negociación colectiva reglada, negociación colectiva semireglada y negociación colectiva no reglada. De estos procedimientos solamente en la negociación colectiva reglada se dispone la obligatoriedad de negociar y se contemplan medios de autotutela colectiva para el evento de falta de acuerdo de las partes, como es la huelga y el lock-out.

El procedimiento de negociación colectiva reglada, que únicamente tiene lugar a nivel de empresa, se caracteriza por su naturaleza altamente

⁵⁶ OIT, Op. cit., párrafo 988 y 990.

reglamentarista y restrictiva, que limita significativamente la oportunidad y la forma en que las partes pueden desarrollar el proceso de negociación colectiva.

En la negociación colectiva reglada se reconocen ciertos derechos a los trabajadores, como es el derecho de obtener del empleador los antecedentes indispensables para la preparación del proyecto, el fuero para los trabajadores involucrados en la negociación colectiva, el carácter vinculante para el empleador de la presentación por parte de los trabajadores del proyecto de contrato de colectivo. Sin embargo, la principal garantía que brinda el procedimiento de negociación colectiva reglada es la huelga, siendo exclusivamente en esta instancia en la que nuestra normativa admite su ejercicio.

No obstante, el reconocimiento de estas garantías, el procedimiento de negociación colectiva reglada no resguarda el principio de igualdad de las partes negociadoras. Son varias las disposiciones que evidencian que el legislador favorece la protección de los intereses del empleador. Así, entre otras, pueden citarse, a modo de ejemplo, disposiciones como la que otorga al empleador la facultad de declarar períodos no aptos para la negociación en cada año calendario, la que establece que no puede negociarse colectivamente con empresas con menos de un año de antigüedad.

Los procedimientos de negociación colectiva no reglada y semireglada, de acuerdo al inciso 1° del artículo 314 bis Código del Trabajo, no dan lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones que se establecen para la negociación colectiva reglada. Ambos procedimiento, entonces, carecen de contenido, básicamente porque aun cuando las partes tienen libertad para determinar la forma y materias a negociar, las posibilidades de éxito de la negociación dependen de que el clima laboral existente permita un acuerdo entre las partes ya que no se contempla en ellos medios de autotutela en beneficio de los trabajadores ni obliga al empleador a negociar.

Por último, el Código del Trabajo restringe las materias susceptibles de negociación colectiva. El artículo 306 de este cuerpo legal limita las materias negociables a aquellas que se refieren a las remuneraciones y beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo por un tiempo determinado. Esta limitación es coherente con la finalidad asignada por el Plan Laboral a la negociación colectiva, esto es, un procedimiento de ajuste del salario a la productividad. Asimismo, esta disposición precisa que “No serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquéllas ajenas a la misma”. La exclusión de estas materias de la negociación colectiva responde a la lógica del modelo económico neoliberal fundado en el principio de la promoción de la libertad de empresa y el respeto irrestricto al derecho de propiedad. En

efecto, esta norma impide, que a través de la negociación colectiva, los trabajadores puedan participar en materias o procesos vinculados con la administración o gestión de la empresa.

Respecto de la exclusión de materias negociables colectivamente, el Comité de Libertad Sindical ha resuelto que “Las medidas que se aplican unilateralmente para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el Convenio n°98; como método particularmente adecuado para remediar este género de situaciones se dispone del procedimiento de consultas de carácter tripartito destinadas a establecer, de común acuerdo, líneas directrices en materia de negociación colectiva”⁵⁷.

En definitiva, las normas sobre negociación colectiva del Código del Trabajo no se conforman con el principio de libertad amparado por los instrumentos de la OIT y construyen un modelo de negociación colectiva que se constituye en la primera traba al ejercicio del derecho de huelga en tanto:

- La negociación colectiva está restringida en su ámbito objetivo y subjetivo, en el nivel en que puede desarrollarse y en las materias de que puede ser objeto. Estas restricciones reducen la cobertura de la negociación colectiva y en consecuencia, del derecho de huelga.

⁵⁷ Ibíd, párrafo 912

- De los tres procedimientos de negociación colectiva contemplados por la normativa laboral, sólo la negociación colectiva reglada admite el ejercicio del derecho de huelga.

Esta limitación circunscribe aún más el ejercicio del derecho de huelga.

- Existen trabajadores a quienes se les reconoce el derecho a la negociación colectiva, pero con la prohibición del ejercicio de la huelga.

Esta restricción que recae sobre las dos anteriores disminuye significativamente el número de trabajadores con derecho a huelga.

- Superados todos estos filtros para el ejercicio del derecho de huelga, éste se encuentra constreñido por una reglamentación orientada a entorpecerlo y neutralizar sus efectos.

2.2. Restricciones normativas al derecho de huelga

2.2.1. Restricciones constitucionales al derecho de huelga

Como se analizó anteriormente, la huelga – no el derecho de huelga – está reconocida con rango constitucional implícitamente. La Constitución Política de la República restringe la huelga al prohibir expresamente su ejercicio a los funcionarios del Estado y de las municipalidades, así como a las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera sea su

naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización, cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

Esta restricción constitucional es el resultado de una amplia discusión en el seno de la Comisión Ortúzar. Según consta en sus actas oficiales, la mayoría de los integrantes de la Comisión Constituyente premeditada e intencionalmente eludieron el reconocimiento constitucional de la huelga como derecho. Alguno de los argumentos en este sentido fueron los siguientes:

- Por ningún motivo se debiera considerar en la Constitución, por los efectos perniciosos que ella tiene, la expresión “reconoce el derecho de huelga”⁵⁸.
- La huelga en la Constitución no puede constituir un derecho, porque es una situación de fuerza⁵⁹.
- La huelga no constituye un derecho, sino que es un hecho ilícito que causa perjuicios a la sociedad – comprendidos los trabajadores, la empresa y la comunidad – por lo cual dice que no sería partidario, en

⁵⁸ Opinión manifestada por Sergio Díez Urzúa en sesión n° 209 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política celebrada el 11 de mayo de 1976.

⁵⁹ Opinión manifestada por Jorge Ovalle Quiroz en sesión n° 209 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política celebrada el 11 de mayo de 1976.

principio, de contemplarla como un derecho de los trabajadores. [...]. Como, según la posición actual de nuestro país, la lucha de clases no debe existir en nuestra sociedad, estima que debería eliminarse este “derecho” a la huelga⁶⁰.

- La huelga es un instrumento final y no un derecho y que incluso puede ser declarada ilegal⁶¹.

Los fundamentos del establecimiento con rango constitucional de la prohibición del ejercicio de la huelga para ciertos trabajadores y su reconocimiento implícito también están recogidos en las actas oficiales de la Comisión Ortúzar. Esta posición de la Comisión Constituyente queda evidenciada en los siguientes argumentos:

- El señor Ortúzar señala que se inclinaría por expresar en la Constitución que el legislador propenderá a la solución pacífica, o a establecerlos medios de solución pacífica de los conflictos colectivos. Luego, a prohibir la huelga en tales o cuales casos. Cree preferible que la Constitución lo diga, y que en aquellos casos en que pueda verse afectado el interés

⁶⁰ Exposición hecha por Vasco Costa Ramírez, Ministro del Trabajo, en calidad de invitado de la Comisión Estudios de la Nueva Constitución Política durante la sesión n° 382 celebrada el 7 de junio de 1978.

⁶¹ Opinión vertida por Juan de Dios Carmona Peralta en sesión n° 382 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política celebrada el junio de 1978)

nacional o la seguridad del Estado, el constituyente prohíba la huelga expresamente. Estima, tal como lo dijo en una ocasión el señor Guzmán, que el problema laboral, el problema del conflicto colectivo, es uno de los de mayor gravedad que tiene, necesariamente, que abordar la nueva institucionalidad, porque es por ahí donde, posiblemente, el día de mañana podría filtrarse el virus marxista, el virus de la lucha de clases, etcétera. En consecuencia, no le parece conveniente endosar y entregar esta materia, en términos generales, al legislador, porque la tendencia de éste no será restringir el derecho de huelga, a menos que un marco constitucional se lo impida⁶².

- Lo que exige una solución en Chile es que el legislador tenga el mandato, no solamente el derecho, sino el mandato del constituyente de prohibir las huelgas en todos los casos en que ellas afecten en forma importante a la seguridad nacional o a la vida económica del país y al progreso de la colectividad, al orden social genéricamente considerado. La forma de dar redacción a esto cree que sería una etapa ulterior, pero ése es el criterio central que estima que el constituyente debe asumir, porque indica una línea clara de conducta. Implícitamente esto podría querer decir que hay casos en que el ordenamiento jurídico podría admitir la huelga. [...] No teme que primero se consiga, por lo menos

⁶² Opinión de Enrique Ortúzar Escobar, presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política expresada en sesión n° 209 de 11 de mayo de 1976.

erradicar la huelga en los casos en que ella es profundamente injusta e inconveniente para el país y que, eliminada de esos casos que muchas veces harán escuela dentro de las prácticas y de la vida sindical chilena, quién sabe si para el resto de los casos esto se pueda lograr en una superación del criterio nacional que después las haga de hecho desaparecer como un rémora del pasado que ya no tiene sentido mantener en el ordenamiento jurídico⁶³.

El Comité de Libertad Sindical respecto de la posibilidad de prohibir el ejercicio del derecho de huelga ha señalado:

- “El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)”⁶⁴.
- “El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse en la función pública sólo en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado”⁶⁵.

⁶³ Opinión de Jaime Guzmán Errázuriz expresada en la sesión n° 209 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política celebrada el 11 de mayo de 1976.

⁶⁴ OIT, Op. cit., párrafo 576)

⁶⁵ *Ibíd.*, párrafo 574.

- ‘Los empleados públicos (que no actúan como órganos del poder público) de empresas comerciales o industriales del Estado deberían poder negociar convenciones colectivas, disponer de una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical e incluso disfrutar del derecho de huelga en la medida en que la interrupción de los servicios que prestan no pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población’⁶⁶.

Es claro, que la norma constitucional en esta materia vulnera el principio de libertad sindical, ya que tal como ha resuelto este mismo órgano de control de la OIT:

“El derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio n° 87”⁶⁷.

2.2.2. Restricciones al derecho de huelga en el Código del Trabajo

2.2.2.1. Ámbito del derecho de huelga en el Código del Trabajo

⁶⁶ Ibid., párrafo 577.

⁶⁷ Ibid., párrafo 523.

La primera restricción que el Código del Trabajo impone al derecho de huelga recae sobre su ámbito de ejercicio.

El Código del Trabajo establece la huelga exclusivamente como la última etapa de la negociación colectiva reglada, a falta de acuerdo de las partes.

En consecuencia, el único ámbito en que la huelga es lícita es el de la negociación colectiva reglada. Fuera de este ámbito, todas las huelgas quedan al margen de la legalidad y su ejercicio importa un incumplimiento contractual y en algunos casos, un delito.

Los órganos de control de la OIT han resuelto que la restricción del ámbito del ejercicio del derecho de huelga a los conflictos de trabajo susceptibles de terminar en un instrumento colectivo es contraria al principio de libertad sindical. En concreto, el Comité de Libertad Sindical ha manifestado que: “El derecho de huelga no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo determinado: los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar, en caso necesario en un ámbito más amplio, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros”⁶⁸.

⁶⁸ *Ibíd.*, párrafo 531.

Jurisprudencia desarrollada en torno al ámbito de ejercicio del derecho de huelga

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha enfrentado la restricción legal de la huelga al ámbito de la negociación colectiva reglada con criterios diversos.

La **Corte Suprema** conociendo recurso de casación en el fondo **ROL n° 5331-2006** pronunció sentencia que declara:

“Sexto: Que, actualmente, la huelga está regulada en el Título VI del Libro IV del Código del Trabajo y constitucionalmente reconocida, aunque de manera indirecta, en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, donde se señala el principio fundamental, cual es, que no puede comprometer actividades o servicios que causen grave daño a la salud, la economía, el abastecimiento o la seguridad nacional.

De tales normas es dable desprender que el legislador intenta regularla jurídicamente como **“instancia para forzar un acuerdo razonable sobre las relaciones colectivas de trabajo”** y que **corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico a nivel de país.**

Séptimo: Que, en efecto, **la propia normativa que regula la huelga confirma la interpretación restrictiva a que se hace alusión en el motivo anterior, en la medida en que, además, de tratarse de un desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva, siempre**

está presente en su reglamentación la idea de buscar una alternativa que importe al acuerdo entre trabajadores y empleadores [...]⁶⁹.

Por su parte, la **Corte de Apelaciones de Concepción** conoció recurso de apelación **ROL n° 23-2011** deducido en contra de sentencia definitiva de primera instancia que dio lugar a demanda de desafuero interpuesta en contra de un dirigente sindical por haberse configurado a su respecto la causal de término de contrato consignada en el artículo 160 n° 5 del Código del Trabajo, esto es, actos o imprudencias temerarias que afecten la seguridad o al funcionamiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores o a la salud de éstos. Este tribunal de alzada señaló que tal como concluyera la sentencia de primera instancia, el dirigente sindical demandado incurrió en la causal invocada por el empleador al haber dirigido y participado en una huelga convocada para reivindicar prestaciones y condiciones laborales, y que se concretó en la no asistencia a trabajar tres días.

Los considerandos octavo y noveno de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción argumentan:

⁶⁹ Destacado propio. El máximo tribunal del país, conociendo recurso de **unificación ROL n° 4936-2012**, reproduce los motivos de la sentencia anterior en sus considerandos cuarto y quinto.

“Octavo: Que a mayor abundamiento es oportuno señalar que **las huelgas de los trabajadores**, cuando obedecen a una decisión conducida por dirigentes sindicales o por generación espontánea, que signifique la no presentación al trabajo en forma colectiva, **se clasifican en huelgas legales o ilegales, siendo legales aquellas que son el resultado de una negociación colectiva reglada en el Código del Trabajo** y que constituye un derecho de los trabajadores, **e ilegales son aquellas en que no se ha cumplido con aquel procedimiento y obedecen a situaciones de falta al trabajo, de orden ilegal.**

Noveno: Así las cosas, **el movimiento huelguístico** efectuado a contar del 24 de marzo del 2009 en la empresa de la demandante, **correspondió a una huelga ilegal**, conducida por el demandado en la causa, ya que **el presente recurso no puede prosperar**⁷⁰.

La **Corte de Apelaciones de Santiago** rechazó recurso de nulidad **ROL n° 7-2011** deducido en contra de fallo de primera instancia, que no acogió un procedimiento de tutela laboral sobre prácticas antisindicales por vulneración de las garantías fundamentales de derecho de huelga y de libertad sindical. En la sentencia recaída en recurso de nulidad, se argumenta en el considerando segundo:

“Que en el fallo impugnado, mediante el cual se rechaza la denuncia por prácticas antisindicales, la sentenciadora ha enunciado y desarrollado las razones fácticas y jurídicas que conforman su convicción, principalmente en cuanto – como se ha resuelto por la jurisprudencia mayoritaria, compartida por estos sentenciadores – **la huelga no es el desenlace ideal de la negociación colectiva, pensada y reglamentada precisamente para arribar en lo posible a acuerdos razonables entre las partes.**

Por el contrario, **la huelga no sería sino la consecuencia nefasta, o al menos no deseada, del fracaso de la negociación**, después de agotadas las instancias alternativas de diálogo e interlocución y, por ende, habrá de interpretarse restrictivamente los alcances de su normativa como situación

⁷⁰ Destacado propio.

excepcional y rupturista, no buscada en principio ni por las partes ni por el legislador [...]”⁷¹.

En algunos casos para enmarcar la huelga en la legalidad, los tribunales, especialmente tratándose de suspensión de actividades por períodos de corta duración, han considerado las paralizaciones como una expresión de la libertad de opinión.

Así ocurrió en el procedimiento de tutela laboral conocido bajo el **RIT T- 652-2013** por el **Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago**. En estos autos, tres trabajadores interpusieron denuncia en procedimiento de tutela laboral en contra de la empresa EXPRESS DE SANTIAGO UNO S.A, en la que se desempeñaban como conductores y de la que fueron despedidos invocando la causal de incumplimiento de grave de las obligaciones que impone el contrato configurada por ausencias injustificadas, en circunstancias de que la real motivación de los despidos fue su participación en una jornada de reflexión y marcha convocada para reclamar las reiteradas faltas y abusos laborales cometidos por la empresa, calificada por la entidad empleadora como “paralización ilegal”.

El considerando noveno del fallo recaído en este procedimiento refiere que:

⁷¹ Destacado propio.

“Resulta forzoso concluir que el despido de los actores fecha 29 de Octubre de 2013, resulta un acto desproporcionado y producto de un actuar vulneratorio del derecho fundamental consagrado en el Artículo 19 N°12 de nuestra Constitución Política de la República, esto es la libertad de opinión. [...]

Por otra parte, los mismos hechos constituyen además, un acto discriminatorio en atención a la sindicación, entendiéndose que la libertad sindical como un derecho fundamental, protege lo indicado en el artículo 3 N°1 del Convenio N°87 de la OIT sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización, en cuanto protege el derecho de las organizaciones a “organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.” y también lo preceptuado en el artículo primero N°1 y N°2 letra b) del Convenio 98 de la OIT [...].

Como reflexión final debe tenerse presente que, el ejercicio de la marcha o manifestación pública de reivindicaciones laborales en la que participaron los actores como miembros activos de un sindicato legalmente constituido, entendida como una dimensión de la libertad de opinión, constituye un derecho fundamental garantizado en los sistemas democráticos republicanos, y que esta explícitamente consagrada en nuestra Carta Política, en su artículo 4°; y por su parte, que estos hechos hayan tenido como consecuencia un despido injustificado, vulnera por su parte el derecho de sindicación en sí mismo. Ambos derechos fundamentales aquí analizados, de acuerdo con el artículo 485 y siguientes del Código del Trabajo, son susceptibles de la tutela judicial efectiva, que nuestra legislación consagra, razones suficientes para acoger la denuncia [...].”

En esta misma línea se pronuncia el fallo recaído en autos **RIT O-6-2009 del Juzgado de Letras de los Ángeles**. En este procedimiento treinta y nueve trabajadores interponen demanda por despido injustificado en contra de las empresas Servicios Forestales El Bosque S.A. y Forestal Mininco S.A. La causal de despido invocada por la empleadora fue la no concurrencia de los trabajadores a sus labores tres días consecutivos. La representación judicial de los trabajadores argumentó que la empresa había cerrado el lugar de trabajo y prohibido el ingreso a los trabajadores durante un paro nacional

de conductores convocado por la Federación Nacional de Conductores del Transporte Forestal y en consecuencia, siendo el empleador quien se negó a otorgar trabajo efectivo, no se configuraría la causal de despido aducida.

La sentencia pronunciada en estos autos expresa lo siguiente:

“DÉCIMOQUINTO: [...] A fin de resolver el asunto debatido, resulta imperioso determinar la existencia y luego calificar jurídicamente la justificación que han tenido los trabajadores para no asistir a sus labores los días 25 y 26 de marzo de 2009, por cuanto en los dichos de los demandantes estos se presentaron a trabajar mas no pudieron hacerlo por habérseles prohibido el ingreso a la empresa.

VIGÉSIMO: Que atendido lo razonado precedentemente sólo cabe colegir que **la inasistencia de los demandantes** a las labores pactadas entre éstos y Servicios Forestales El Bosque S.A. **se debió a la paralización a la que adhirieron producto de encontrarse afiliados a un sindicato y a la falta de decisión autónoma de los demandantes en cuanto a trabajar o no**, circunstancia que al no haber sido esgrimida como fundamento de sus inasistencias en el libelo pretensor los días 25 y 26 de marzo de 2009, mal puede ser considerada por esta sentenciadora sin incurrir con ello en el pronunciamiento sobre cuestiones no sometidas a decisión del Tribunal y consecuentemente irrogar al fallo un vicio que lo haga anulable.

VIGESIMOSEGUNDO: Que consciente de la construcción social de la sentencia, resulta necesario señalar que **el derecho a manifestarse, o a la “libre manifestación” se encuentra garantizado en la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 12, en cuanto prevé la libertad de emitir opinión sin censura previa, y en cualquier forma y por cualquier medio**, respondiendo los manifestantes, de los delitos y abusos que en dicho ejercicio se cometiesen, reflexión que resulta adecuada realizar, pues **si bien el paro no resulta ser la justificación a la inasistencia invocada por los actores, cuestión que extraña esta sentenciadora, ese es el derecho o libertad que los demandantes ejercieron por medio de la movilización** efectuada entre los días 24 a 27 de marzo de 2009 [...], sin embargo y como se dijo mal puede esta sentenciadora considerar tal ejercicio de la potestad señalada para efectos de justificar la inasistencia cuando ella fue sustentada por la propia demandante en la negativa del empleador a otorgar el ingreso a sus labores, **de haber sido de la manera como se dijo necesariamente debía**

acogerse las pretensiones de los demandantes al haberse ejercido sin abuso ni desproporcionalidad una potestad erigida en garantía constitucional.”⁷².

Los tribunales, en otros casos, han desestimado la imputación de incumplimiento contractual de los trabajadores por su participación en una huelga fuera del marco de una negociación colectiva reglada, resolviendo que los hechos que sirven de base para esa imputación no configuran la causal de despido invocada.

Éste es el caso de la sentencia emitida por el **Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta** en autos **RIT O-657-2013**. En esta causa el empleador solicitó el desafuero de un dirigente sindical por haber participado en un paro, configurándose por este hecho la causal de despido por incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato o de abandono del trabajo. El sentenciador expresa en uno de los considerandos del fallo:

“OCTAVO: [...] Resulta necesario expresar el siguiente razonamiento: ¿Puede configurarse, respecto de un trabajador que ocupa función dirigencial en un órgano gremial, la causal abandono de deberes, por adherir a una paralización grupal, motivada en el reclamo de condiciones comunes de trabajo y defensa de intereses particulares, al parecer vulnerados, por la amenaza de despido en caso de omitir una orden patronal – a juicio del interesado – abusiva?

⁷² Destacado propio.

Ciertamente ¡no! y ello se dirime en base a consideraciones de orden estrictamente legal, pues el artículo 220 del Código del Trabajo describe como fines principales de las organizaciones sindicales: [...]

Por consiguiente, si la propia ley define ser función de los sindicatos velar por intereses y condiciones comunes de trabajo, entregando la dirección de aquel propósito en el directorio, proporcionándole para ello fuero laboral, y establecido que la paralización se lleva a cabo en reclamo de intereses comunes y defensa de intereses particulares, dado el contexto que la propia articulación jurídica habida entre las partes, impide llevar a cabo una negociación colectiva, resulta lógico concluir que la negativa del trabajador a cumplir funciones entre las 10:49 y 13:47 horas del día 28 de agosto de 2014, es justificada en el cumplimiento natural de las funciones gremiales que pesan sobre el demandado; lo que dirige la decisión a estimar inconcurrente la causal invocada pues no precede negativa a trabajar “sin causa justificada” como exige la norma en estudio. [...]⁷³.

Por otra parte, existen sentencias que se pronuncian sobre licitud de una huelga desarrollada fuera del contexto de la negociación colectiva reglada. Es el caso del fallo dictado por el **Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago** en autos **RIT O-4274-2013**, en que la empresa Cogan Grupo Norte S.A. solicitaba el desafuero de dos dirigentes sindicales por participar en una paralización “ilegal” de actividades –fuera del ámbito del procedimiento de negociación colectiva reglada–, lo que configuraría un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

En sus considerandos séptimo y octavo, el fallo recaído en este procedimiento razona lo siguiente:

⁷³ Destacado propio.

“SÉPTIMO: Los elementos copulativos que en el derecho deben concurrir para que se verifique la causal invocada de incumplimiento grave son la ilicitud de la conducta y la gravedad de la misma.

OCTAVO: La cuestión de la ilicitud entronca con una controversia que se verifica dogmáticamente en torno al derecho de huelga, hostilizado normativamente a nivel legal, esto es, restringido al punto que se lo reduce únicamente al breve espacio que tolera la negociación colectiva reglada, con lo que en el orden legal, prima facie, se excluyen otras formas de expresión esta potestad de la acción colectiva; entre ellas las huelgas de solidaridad y auto tutela, cual es (este último) el caso, desde que fluye de la declaración de la absolvente que la acción sindical del 02 de septiembre dijo relación con la necesidad de cautelar el pago de una prestación anual regular que se creía no iba a ser pagada (aguinaldo de fiestas patrias).

Impide la propia Constitución Política del Estado al legislador, un recorte de los derechos – en la misma norma que le permite su regulación y complemento – que los desfigure al punto de negar su goce, afectando la esencia del derecho.

Es doctrina regular que a la libertad sindical consagrada en el artículo 19, número 16, incisos quinto y sexto de la Constitución Política del Estado y complementada por el bloque constitucional que integran los Convenios 87 y 98 de OIT y 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aplicables al caso, por disposición del artículo 5, inciso segundo de la carta fundamental, reconoce como elementos del contenido esencial la libertad de constitución, de actuación y representación, la de negociar colectivamente y el derecho de huelga, **por lo que una exégesis legalista que dé énfasis al elemento procedimentalista de la regulación de la huelga, soslayando las normas supralegales que configuran el derecho reconociéndolo como parte del contenido esencial, resulta inadmisibles al tenor de la propia carta fundamental.**

En consecuencia, **una paralización de auto tutela que en la especie se desarrolló en un período razonable de tiempo (hasta que se logró una respuesta positiva) se inserta en una dinámica reconocida y amparada por el derecho vigente, y no queda excluida por el reconocimiento expreso que el legislador castrense (sabidamente hostil a la manifestación asociativa en cualquier plano) hizo de este derecho en el espacio ultra reglamentado y breve de la negociación colectiva.**

Bloque constitucional e interpretación progresiva y pro cives –cabe agregar– imponen reconocer en esta dimensión, la actuación de la

demandada como un acto lícito, salvo porque le está proscrita la violencia y las acciones de fuerza. [...]”⁷⁴.

Datos estadísticos sobre huelgas legales e ilegales en función del ámbito en que se desarrollan

El Observatorio de Huelgas Laborales (OHL) dependiente del Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social (COES) entrega un registro sobre el número de huelgas legales e ilegales ocurridas a nivel nacional⁷⁵.

Para el cuatrimestre mayo-agosto de 2014, el OHL entrega las siguientes cifras⁷⁶:

Entre el 1 de mayo y el 31 de agosto del 2014, se registran un total de 147 huelgas a nivel nacional, de las cuales 92 son huelgas legales (62,6%) y 55 son huelgas ilegales (37,4%).

⁷⁴ Destacado propio.

⁷⁵ Para estos efectos el OHL entiende por huelga laboral “toda acción social de interrupción deliberada del proceso de producción, organizada por un grupo de trabajadores” y recaba cifras de las estadísticas de las huelgas legales registradas por la Dirección del Trabajo y de un trabajo de recopilación de datos a partir de la consulta de tres periódicos nacionales, El Mercurio, Diario Financiero y Diario Cooperativa, más un diario por cada región del país, excluyendo la Región Metropolitana.

⁷⁶ Datos y análisis generados por COES-OHL, mayo-agosto 2014, <http://coes.cl/observatorio-de-huelgas-laborales-2/>

Respecto del número de trabajadores comprometidos (TC) en huelgas ilegales supera por un margen significativo el número de trabajadores comprometidos en las huelgas legales.

Tabla 1. TC por legalidad

Legalidad huelga	Cantidad de TC	Promedio de TC por
Huelga legal	12.273	133
Huelga ilegal	182.256	3.314

(Fuente: OHL 2014)

Estos datos muestran que la huelga ilegal es más convocante en términos de masa de trabajadores involucrados que la huelga legal.

De acuerdo, al OHL el hecho de que las huelgas ilegales involucren a un mayor número de trabajadores que las huelgas legales se explica porque las grandes paralizaciones, como las del Colegio de Profesores y la Federación Nacional de los Trabajadores de la Salud, son llevadas a cabo por organizaciones de carácter gremial, territorial o por funcionarios públicos,

lo que engrosa significativamente la cantidad de masa movilizada por la vía ilegal⁷⁷.

Los datos aportados por el OHL – si bien no distinguen si la ilegalidad de la huelga se debe a que ésta se ha producido fuera del contexto de una negociación colectiva reglada o a que han sido ejercida por trabajadores excluidos del derecho de huelga – permiten concluir que la incidencia de huelgas ilegales, así como el número de trabajadores involucrados en huelgas ilegales tienen relación directa con el limitado ámbito de ejercicio a que está sometido el derecho de huelga en la normativa laboral chilena.

El amplio desarrollo jurisprudencial elaborado en torno al estrecho margen normativo del ejercicio del derecho de huelga es reflejo de los datos estadísticos que dan cuenta de que en la práctica, las huelgas ilegales son las de mayor incidencia del país.

2.2.2.2. Procedimentalización del derecho de huelga

⁷⁷ MEDEL, R. y VELÁSQUEZ, D. 2014. Las cifras ocultas en el debate sobre las huelgas en Chile. El Mostrador (el mostrador.blogs&opinión) en internet. 25 de octubre de 2014 <<http://www.elmostrador.cl/opinion/2014/10/25/las-cifras-ocultas-en-el-debate-sobre-las-huelgas-en-chile/>>

La procedimentalización del derecho de huelga debe entenderse como el establecimiento normativo de formalidades que rigen y validan su ejercicio.

El Título VI del Libro IV del Código del Trabajo somete el derecho de huelga a múltiples formalidades, regulando en forma exhaustiva su ejercicio (requisitos, condiciones, prohibiciones, plazos, procedimiento de declaración y ejecución) y sus efectos.

Esta minuciosidad en la regulación del derecho de huelga se inscribe en un modelo intervencionista de relaciones laborales dirigido a importunar y controlar el ejercicio de este derecho por la vía de establecer un procedimiento legal altamente detallado. Precisamente, éste es el objetivo del legislador chileno, que mediante la reglamentación del derecho de huelga, lo vacía de contenido, lo que finalmente se traduce en una negación del mismo.

El Título VI “De la huelga y del cierre temporal de la empresa” del Libro IV del Código del Trabajo prescribe las siguientes reglas de procedimiento para el derecho de huelga:

- i) Normas procedimentales tendientes a frustrar el derecho de huelga en su gestación**

Oportunidad de la huelga

El artículo 370 del Código del Trabajo establece:

- La oportunidad del ejercicio de la huelga:

Los trabajadores deben decidir la huelga “dentro de los cinco últimos días de vigencia del contrato colectivo o fallo anterior, o en el caso de no existir éstos, dentro de los cinco últimos días de un total de cuarenta y cinco o sesenta días contados desde la presentación del proyecto, según si la negociación se ajusta al procedimiento señalado en el Capítulo I (presentación hecha por sindicatos de empresa o grupos de trabajadores) o II (presentación hecha por otras organizaciones sindicales) del Título II, respectivamente”.

- Los requisitos excluyentes para el ejercicio del derecho de huelga:

Debe tratarse de un procedimiento de negociación colectiva no sujeta a arbitraje obligatorio o voluntario.

- La oportunidad de la convocatoria de la votación de la huelga:

La comisión negociadora debe convocar a votar la última oferta del empleador o la huelga con a lo menos cinco días de anticipación al día fijado para la votación de la huelga.

- Los efectos de no efectuar la votación de la huelga en la oportunidad legal:

En caso de que la votación de la huelga no se efectúe en la oportunidad legal, se presume que los trabajadores aceptan la última proposición del empleador. Ello sin perjuicio de que la comisión negociadora, en el plazo de cinco días contados desde la fecha en que debió efectuarse la votación de la huelga, puede exigir al empleador la suscripción de un nuevo contrato colectivo con iguales estipulaciones a las contenidas en los contratos vigentes al momento de iniciarse la negociación, con exclusión de las cláusulas sobre reajustabilidad tanto de remuneraciones y demás beneficios pactados en dinero.

La disposición del artículo 370 del Código del Trabajo otorga un plazo de cinco días para proceder a la votación de la huelga para el caso de que ésta se haya llevado a efecto por causas ajenas a los trabajadores.

Votación de la huelga

El artículo 372 del Código del Trabajo precisa los requisitos formales de la votación de la huelga:

- La votación debe efectuarse en forma personal, secreta y en presencia de un ministro de fe.
- Los votos deben ser impresos.

- Los votos deben emitirse con la expresión “última oferta del empleador” o con la expresión “huelga”.
- El día de la votación no pueden realizarse asambleas en la empresa. El Comité de Libertad Sindical ha declarado que: “El derecho de huelga y el derecho a organizar reuniones sindicales son elementos esenciales del derecho sindical, por lo que las medidas adoptadas por las autoridades para hacer respetar la legalidad no deberían tener por efecto impedir a los sindicatos organizar reuniones con ocasión de los conflictos de trabajo”⁷⁸.

La prohibición de realizar asambleas en la empresa el día de la votación de la huelga encuentra su origen en el razonamiento expresado en la discusión del Decreto Ley n° 2.758 de 1979 por el Director del Trabajo de la época, de acuerdo al cual: “Se ha podido detectar un problema en cuanto a las votaciones sindicales: por más que éstas son secretas, cuando son el producto del término de una asamblea los asambleístas se las arreglan y se las ingenian de alguna manera para provocar en ella una efervescencia que lleva a los trabajadores a votar en determinado sentido”⁷⁹.

Quórum para la aprobación de la huelga

⁷⁸ OIT, Op. cit., párrafo 131.

⁷⁹ Acta n° 372 sobre Plan Laboral p. 216.

El artículo 373 del Código del Trabajo fija el quórum para aprobación de la huelga y establece los efectos de no alcanzar el quórum requerido:

- La huelga debe ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva.
- De no alcanzar el quórum requerido para la aprobación de la huelga, se presume que los trabajadores aceptan la última oferta del empleador, pudiendo en este caso, la representación de los trabajadores en el plazo de tres días solicitar al empleador la suscripción de un nuevo contrato colectivo con iguales estipulaciones a las contenidas en los contratos vigentes al momento de iniciarse la negociación, con exclusión de las cláusulas sobre reajustabilidad tanto de remuneraciones y demás beneficios pactados en dinero.

La doctrina se ha referido a este efecto como una “presunción de voluntad colectiva tácita”.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones revisando las medidas implementadas por el Gobierno de Chile para la aplicación del Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, ha emitido como Observación:

“[...] Desde hace varios años pide al Gobierno que modifique o derogue varias disposiciones legislativas, o que adopte medidas para que ciertos trabajadores gocen de las garantías previstas en el Convenio.

Concretamente, en sus comentarios anteriores la Comisión pidió al Gobierno que tome medidas para: [...] modificar los artículos 372 y 373 del Código del Trabajo que establecen que la huelga deberá ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa”⁸⁰.

Este órgano de control de la OIT además ha expresado en Solicitud Directa al Gobierno de Chile en relación al artículo 372 y 373:

“La Comisión recuerda que las disposiciones legislativas que exijan que las acciones de huelga sean votadas por los trabajadores deben asegurar que sólo se tomen en consideración los votos emitidos, y que el quórum o la mayoría necesaria se fije a un nivel razonable. Por otra parte, la Comisión estima que la aceptación de la propuesta del empleador por parte de los trabajadores no puede ser deducida, tal como lo establece el artículo 373, de la falta de quórum en la votación para declarar la huelga. En efecto, desde el punto de vista de la Comisión, dicha aceptación debe ser realizada de manera expresa por los trabajadores o por los representantes involucrados en la negociación. La Comisión pide al Gobierno que tome medidas para modificar estas disposiciones con el fin de eliminar la presunción de aceptación de la huelga en caso de falta de quórum, asegurar que se tomen en

⁸⁰ Observación (CEACR) - Adopción: 2011, Publicación: 101ª reunión CIT 2012.

consideración los votos emitidos y que el quórum o la mayoría se fije a un nivel razonable”⁸¹.

Sobre el quórum exigido para la aprobación de la huelga, el Comité de Libertad Sindical ha señalado: “La exigencia de la decisión de más de la mitad de todos los trabajadores concernidos para declarar una huelga es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga, sobre todo en grandes empresas”⁸².

Oportunidad en que debe hacerse efectiva la huelga

El artículo 374 del Código del Trabajo fija la oportunidad en que debe hacerse efectiva la huelga, determina el efecto que produce la no implementación de la huelga en el plazo prescrito y establece un quórum para que se entienda haberse hecho efectiva la huelga:

- La huelga debe hacerse efectiva al inicio de la respectiva jornada del tercer día siguiente a la fecha de su aprobación. Este plazo puede prorrogarse, por acuerdo de las partes, por otros diez días.

⁸¹ Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2002, Publicación: 91ª reunión CIT 2003.

⁸² OIT, Op. cit., párrafo 556.

- Si la huelga no se hace efectiva en la oportunidad legal fijada, se entiende que los trabajadores de la empresa respectiva han desistido de ella, y en consecuencia que aceptan la última oferta del empleador.

El efecto de no ejecutarse la huelga en la oportunidad establecida consiste – al igual que para el evento de no alcanzar el quórum requerido en la votación – en una presunción de voluntad colectiva tácita.

- Se entiende que la huelga no se ha hecho efectiva si más de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación continúan trabajando. En las empresas en que el trabajo se realiza mediante sistema de turnos, el quórum necesario para hacer efectiva la huelga se calcula sobre la totalidad de los trabajadores involucrados en la negociación y cuyos turnos se inicien al tercer día siguiente al de la aprobación de la huelga.

Con esta disposición, se somete la huelga a una doble aprobación ya que ésta debe ser acordada en votación mayoritaria y además ratificada mayoritariamente al momento de su ejecución.

Respecto de la norma contenida en el artículo 374 del Código del Trabajo, la Comisión de Expertos en la Aplicación y Recomendaciones de la OIT le ha hecho presente al Gobierno de Chile:

“La Comisión considera que el hecho de no hacer efectiva la huelga dentro de los tres días de acordada no debería significar la aceptación de la propuesta del empleador por parte de los trabajadores. La misma debe

ser realizada de manera expresa por los trabajadores o sus representantes. Además, los trabajadores no deberían perder su derecho a recurrir a la huelga por no hacerlo efectivo dentro de los tres días de declarada la misma. La Comisión pide al Gobierno que tome medidas para la derogación de este artículo que establece límites innecesarios al ejercicio del derecho de huelga y al derecho de los sindicatos de organizar sus actividades.”⁸³.

Buenos oficios

El artículo 374 bis del Código del Trabajo dispone el recurso a los buenos oficios:

- Los buenos oficios tienen por objeto facilitar el acuerdo entre las partes.
- Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de acordada la huelga, cualquiera de las partes puede solicitar buenos oficios a la Inspección del Trabajo. Si una de las partes solicita este procedimiento, la otra parte no puede negarse a asistir a las reuniones citadas por el Inspector del Trabajo.
- Transcurridos 5 días hábiles desde que fuere solicitada su intervención, sin que las partes hubieren llegado a un acuerdo, el Inspector del Trabajo

⁸³ Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2002, Publicación: 91ª reunión CIT 2003.

dará por terminada su labor, debiendo hacerse efectiva la huelga al inicio del día siguiente hábil. Las partes pueden acordar continuar con los buenos oficios hasta por un lapso de cinco días hábiles, tiempo durante el cual se prorroga la fecha en que debe hacerse efectiva la huelga.

- La Dirección del Trabajo ha resuelto que la solicitud de buenos oficios produce el efecto de suspender el inicio de la huelga.

Los buenos oficios postergan la realización efectiva de la huelga. Los datos entregados por la Dirección del Trabajo indican que es el empleador quien recurre con más frecuencia a la instancia de los buenos oficios.

En conclusión, en los artículos 370 a 374 bis, el legislador establece normas procedimentales que se erigen como obstáculos previos para el ejercicio del derecho de huelga.

ii) Normas que restringen los efectos del ejercicio del derecho de huelga

Lock-out o cierre patronal

El artículo 375 del Código del Trabajo define lock-out o cierre patronal, distingue entre lock-out total o parcial y señala su duración:

- Esta disposición define el lock-out como el derecho del empleador, una vez iniciada la huelga, a impedir temporalmente el acceso a todos los trabajadores a la empresa. El lock-out no afecta a los trabajadores que tengan facultades de administración y autorización para contratar o despedir y que ejerzan cargos de mando e inspección.
- El lock-out puede ser total o parcial. Es total si afecta todos los trabajadores de la empresa y es parcial, cuando afecta a todos los trabajadores de uno o más establecimientos de una empresa. Para el lock-out parcial se requiere que en el establecimiento respectivo haya trabajadores involucrados en el proceso de negociación colectiva que lo origine.
- El lock-out no puede extenderse más allá del trigésimo día, a contar de la fecha en que se hizo efectiva la huelga o del día del término de la huelga, cualquiera ocurra primero.

El artículo 376 del Código del Trabajo establece requisitos para la declaración de lock-out.:

- Para la declaración de lock-out es necesario que la huelga afecte a más del cincuenta por ciento del total de trabajadores de la empresa o del establecimiento o que signifique la paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento, cualquiera sea el porcentaje de adhesión a la huelga. Los requisitos de procedencia del lock-out son

disyuntivos. La primera causa que permite la declaración de lock-out es redundante en tanto, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 374 del Código del Trabajo, se entiende que la huelga sólo se ha hecho efectiva si se pliegan a ella más de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva. Por tanto, siempre que la huelga se haya hecho efectiva legalmente, procederá la declaración de lock-out. La segunda causa que autoriza la declaración de lock-out constituye una medida unilateral del empleador ya que depende únicamente de la apreciación subjetiva del empleador. Sólo en caso de que se formule un reclamo por la parte de los trabajadores, interviene la Inspección del Trabajo para revisar y calificar la procedencia de la declaración de lock-out. De la resolución de la autoridad laboral podrá reclamarse ante el Juzgado de Letras del Trabajo.

El Tesouro de la OIT la nota de alcance que se presenta para cierre patronal es “cierre total o parcial de una fábrica por uno o varios empleadores para impedir que los asalariados realicen normalmente su trabajo en los talleres de la empresa con el fin de obligar a los obreros a aceptar ciertas condiciones de trabajo”. Por su parte la Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo de la OIT precisa que “se entiende por cierre patronal el cierre temporal, ya sea parcial o total, de uno o varios centros de trabajo decidido por uno o varios empleadores o el impedimento por parte de éstos del desarrollo de la actividad laboral

de sus trabajadores con objeto de lograr reivindicación o rechazar exigencias o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros empleadores.”

La doctrina distingue cierre patronal ofensivo o de agresión y cierre patronal defensivo. El cierre patronal ofensivo es todo aquel que se lleva a cabo como medida para impedir la huelga, presionar para que se ponga fin a la misma, o sancionar a los huelguistas y el cierre patronal defensivo es aquel que se realiza sin ánimo de impedir, interferir o sancionar el desarrollo del derecho fundamental de huelga, y con la exclusiva finalidad de preservar a personas y bienes de las consecuencias excesivamente onerosas y desproporcionadas que pueden derivarse del ejercicio de aquel derecho.

Atendiendo esta distinción doctrinaria, el lock-out previsto en nuestra legislación es defensivo únicamente en consideración a que no impide la huelga puesto que sólo procede una vez que ésta ha sido declarada e iniciada; sin embargo, es ofensivo en cuanto interfiere el desarrollo de la misma.

En definitiva, el lock-out reconocido en los artículos 375 y 376 del Código del Trabajo constituye una traba para el desarrollo de la huelga al bloquear sus efectos y en consecuencia, restarle eficacia.

Efectos de la huelga y el lock-out

El artículo 377 del Código del Trabajo precisa los efectos de la huelga y el lock-out:

- La huelga produce la suspensión del contrato de trabajo respecto del empleador y los trabajadores involucrados en el proceso de negociación colectiva. En consecuencia, por parte de los trabajadores cesa la obligación de prestar servicios y por parte del empleador, la obligación del pago de remuneraciones y de cotizar; sin embargo, los trabajadores pueden efectuar voluntariamente las cotizaciones previsionales o de seguridad social en los organismos respectivos.
- El lock-out suspende el contrato de trabajo respecto del empleador y los trabajadores involucrados en la negociación colectiva y aquellos trabajadores, que sin ser parte del proceso de negociación, se vean afectados por el cierre temporal de la empresa. Por tanto, cesa para los trabajadores la obligación de prestar servicios y para el empleador, la de pagar remuneraciones y cotizar, pero esta última subsiste respecto de los trabajadores que, sin participar de la negociación colectiva, se vean afectados por el lock-out.
- Durante la huelga o el lock-out, los trabajadores pueden efectuar trabajos temporales, fuera de la empresa, sin que ello implique el término del contrato de trabajo con el empleador.

El dictamen de la Dirección del Trabajo n° 6077/405 de 10 de diciembre de 1998 precisó que el poder de dirección del empleador comprende la facultad de “mantener la disciplina y el orden dentro de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad es poder disciplinario”.

La máxima expresión del poder sancionatorio es el despido disciplinario, que se concreta por la invocación por parte del empleador de alguna de las causas de término del contrato de trabajo contempladas en el artículo 160 del Código del Trabajo.

Resulta lógico concluir que si durante la huelga, el contrato de trabajo se encuentra suspendido y cesan las obligaciones que derivan del mismo, también están suspendidas las facultades con las que la ley dota al empleador, principalmente, el poder disciplinario. De modo que, no es procedente el despido disciplinario por actos cometidos durante el ejercicio del derecho de huelga.

Así, lo estimó en procedimiento de tutela, autos **RIT T-649-2013**, el **2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago** que recogió la argumentación de la representación judicial de los trabajadores, despedidos por actos cometidos en el contexto de una huelga legal. En el considerando noveno de la sentencia pronunciada en estos autos se expresa lo siguiente:

“[...] En efecto, el principal argumento para establecer la discriminación arbitraria al despedir a los demandantes radica en que **su despido se basa en hechos ocurridos durante la huelga legal en la que participaban, obviando que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 377 del Código del Trabajo la relación laboral se encuentra suspendida durante la huelga.**

Que dicha suspensión de la relación laboral no puede ser parcial, desde que el inciso segundo de la norma citada permite incluso a los trabajadores realizar labores para otros empleadores durante ese tiempo, sin que signifique perder la fuente laboral que se encuentra en huelga.

Que no resulta procedente, a juicio de esta sentenciadora, hacer alusiones a normas de carácter ético o moral que se encuentren en el reglamento interno para adoptar la medida disciplinaria más radical consistente en el despido, básicamente por la suspensión de la relación laboral ya aludida. Tampoco corresponde hacer aplicación de contenidos ético jurídicos del contrato de trabajo, ya que ello implicaría que el empleador pueda sancionar a un trabajador suyo por hechos que ocurran fuera del ámbito laboral, al haber estado suspendida la relación laboral en el caso concreto.

Que la discriminación se manifiesta en que los demandantes fueron despedidos por supuestamente participar en hechos violentos en la huelga, a diferencia de todos los otros trabajadores que participaron en el movimiento y que a ojos de la empresa actuaron calmadamente y de acuerdo a sus parámetros de comportamiento en la huelga, **lo que indirectamente implica una señal para los demás dependientes, en el sentido de hacerles notar que quienes se manifiestan pacífica y silenciosamente no serán despedidos, lo que significa desnaturalizar el sentido de la huelga.**

Lo anterior no significa avalar ni promover actos violentos en la huelga, solo implica que no es procedente y resulta arbitrario despedir a un grupo de trabajadores por aquellos hechos, ocupando la máxima facultad disciplinaria del empleador, en circunstancias que existen otros mecanismos legales y jurisdiccionales para perseguir y buscar la sanción de su actuar.

En efecto, la demandada hizo uso de esas herramientas procesales y legales, ejerciendo un recurso de protección al que alude en su contestación, y solicitando el actuar de Carabineros, causas que en definitiva no prosperaron, siendo archivada la causa penal, no dando como resultado la imputación de ninguno de los demandantes.

Por lo anterior, se concluye que la separación de los actores vulnera su derecho fundamental a no ser discriminado, lo que permite acoger la demanda de tutela de garantías fundamentales. [...]”⁸⁴.

Mediación

El artículo 378 del Código del Trabajo prevé, declarada la huelga o durante su transcurso, la posibilidad de que la comisión negociadora convoque a una votación con el fin de obtener un pronunciamiento sobre la decisión de someter un nuevo ofrecimiento del empleador o a falta de éste, su última oferta, a mediación o arbitraje. Esta disposición determina el quórum requerido para pronunciarse a favor o en contra de la mediación o arbitraje, los efectos de optar por esta instancia:

- La decisión de someter o no una nueva proposición del empleador o su última oferta a mediación o arbitraje, debe ser adoptada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva. Igual como sucede con la votación de la huelga, el quórum se exige sobre la totalidad de los trabajadores involucrados en el proceso de negociación y no sobre el total de votos emitidos.
- Si existe una nueva proposición del empleador, ésta debe darse a conocer a los trabajadores por escrito y antes de la votación. En caso de que los trabajadores rechacen una nueva proposición del empleador, ésta no tendrá valor alguno. Sin embargo, subsiste la última oferta del

⁸⁴ Destacado propio.

empleador, en tanto no haya sido retirada y conste por escrito el retiro y su recepción por la comisión negociadora con copia a la Inspección del Trabajo. Así lo ha precisado la Dirección del Trabajo mediante dictamen n° 2723/109 de 09 de mayo de 1996⁸⁵.

- El efecto que produce la aprobación de la opción por la mediación o arbitraje es el cese de la huelga, debiendo los trabajadores reintegrarse a sus labores en las mismas condiciones vigentes al momento de presentarse el proyecto de contrato colectivo que dio inicio al proceso negociador.

La mediación a que remite el artículo 378 del Código del Trabajo está reglamentada en los artículos 352, 353 y 354 de este mismo cuerpo legal. La mediación incorpora a un tercero imparcial con el objeto de facilitar la

⁸⁵ “[...] En cuanto a la consulta de si es válida la cláusula de una última oferta de ser considerada automáticamente retirada si no es aceptada por los trabajadores, que optan por la huelga, el artículo 378, inciso 4º, del Código del Trabajo, señala: " Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 370, 373 y 374, " la última oferta del empleador se entenderá subsistente, " mientras éste no la retire con las mismas formalidades " establecidas en el inciso final del artículo 370". A su vez, el artículo 370, en su inciso final, dispone: " Para los efectos de este Libro se entiende por última oferta " u oferta vigente del empleador, la última que conste por " escrito de haber sido recibida por la comisión negociadora y " cuya copia se encuentre en poder de la Inspección del Trabajo " respectiva". Del análisis conjunto de las disposiciones legales citadas se desprende que el retiro de la última oferta del empleador deberá hacerse con las mismas formalidades bajo las cuales se formuló dicha oferta, esto es, que conste por escrito de haber sido recibida por la comisión negociadora y con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. De este modo, en nuestra legislación, el retiro de la última oferta del empleador es un acto solemne, toda vez que debe cumplir con formalidades tales como hacerse por escrito, con constancia de haber sido recibida por la comisión negociadora y haberse enviado copia a la Inspección del Trabajo”.

comunicación de las partes y se caracteriza por ser voluntaria y flexible en cuanto permite a las partes y al mediador establecer las reglas del proceso.

El Título V del Libro IV del Código del Trabajo regula el arbitraje. El arbitraje a que se refiere el artículo 378 es voluntario y se desarrolla conforme al procedimiento libremente fijado por las partes o en subsidio, por el árbitro laboral. A diferencia de la mediación que es gratuita, el arbitraje debe costearse a medias entre las partes. La Dirección del Trabajo informa que la mediación y el arbitraje son requeridos mayormente por los empleadores.

En definitiva, mediante el artículo 378 del Código del Trabajo el legislador sujeta la huelga a una nueva instancia de ratificación por parte de los trabajadores, lo que supone una intervención e interferencia más en el ejercicio de este derecho.

Censura de la comisión negociadora

El artículo 379 del Código del Trabajo regula la censura de la comisión negociadora, señalando la oportunidad, requisitos y efectos de este acto:

- En cualquier momento puede convocarse a votación a los trabajadores involucrados en la negociación para decidir la censura de la comisión negociadora.

- Para esta convocatoria sólo es necesaria la concurrencia de al menos el veinte por ciento de los trabajadores involucrados en la negociación.
- La censura de la comisión negociadora debe ser aprobada por mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en el proceso negociador.
- La votación debe ser secreta, informada con una anticipación de a lo menos veinticuatro horas y tratándose de una negociación colectiva que involucre a doscientos cincuenta o más trabajadores debe realizarse en presencia de un ministro de fe.
- Desde el momento en que la censura es propuesta y notificada a la Inspección del Trabajo y al empleador, la comisión negociadora no puede suscribir contrato colectivo ni acordar arbitraje sino hasta conocido el resultado de la votación.
- De aprobarse la censura de la comisión negociadora, en el mismo acto debe procederse a la elección de una nueva comisión.

De conformidad con el artículo 326 del Código del Trabajo, la representación de los trabajadores en la negociación colectiva está a cargo de una comisión negociadora integrada: i) por el directorio sindical, si el proyecto de contrato colectivo es presentado por un sindicato; ii) por los directores de todos los sindicatos que hayan efectuado una presentación conjunta de proyecto de contrato colectivo; iii) en caso de que la presentación de proyecto de contrato colectivo haya sido hecha por un grupo de trabajadores unidos para el solo efecto de negociar, por tres a nueve

miembros elegidos en votación secreta y en presencia de un ministro de fe cuando el grupo negociador reúna a doscientos cincuenta o más trabajadores.

Tratándose de una negociación colectiva impulsada por un grupo negociador, el número de integrantes de la comisión negociadora varía – facultativamente – en función del número de trabajadores que conforma dicho grupo: si el grupo reúne a doscientos cincuenta trabajadores o más, la comisión negociadora puede estar compuesta por cinco integrantes; si agrupa a mil o más trabajadores, puede estar integrada por siete miembros y si congrega a tres mil o más trabajadores, pueden nombrarse nueve integrantes para la comisión negociadora.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en reiteradas ocasiones ha emitido observaciones al Gobierno de Chile dirigidas a solicitarle que modifique el artículo 379 del Código del Trabajo y ha expresado:

“La Comisión estimó en su solicitud directa anterior que este artículo (379) puede dar lugar a actos de injerencia en el derecho de las organizaciones sindicales de organizar sus actividades y que estas cuestiones deben ser tratadas únicamente por los estatutos sindicales.”⁸⁶

⁸⁶ Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2001, Publicación: 90ª reunión CIT 2002.

En efecto, tal como señala este órgano de control de la OIT, la norma del artículo 379 del Código del Trabajo importa una intervención legal dirigida a debilitar la actividad y la determinación sindical en una instancia decisiva como es un proceso negociador y la huelga.

Equipos de emergencia

El artículo 380 del Código del Trabajo establece, durante el ejercicio de la huelga, la obligación del sindicato o grupo negociador de proporcionar un equipo de emergencia al empleador con el fin de realizar trabajos cuya paralización pueda causar daño, precisa los requisitos de procedencia de esta obligación, la forma en que se solicita y reclama su cumplimiento:

- De acuerdo a lo resuelto por la Dirección del Trabajo en dictamen n° 5062/093 de 2010 (en el mismo sentido se pronuncia la autoridad laboral en dictamen n° 918/61 de 1998, “en caso de huelga que provoque daño actual e irreparable a la infraestructura material de la empresa, a la salud de los usuarios o clientes de establecimientos asistenciales o de salud, o, en general, si la paralización afecta a empresas o establecimientos que presten "servicios esenciales", los trabajadores a través del sindicato o grupo negociador, deberán proporcionar el personal indispensable para asegurar la continuidad de las labores y evitar daños como los descritos.”

El dictamen n° 5062/093 de la Dirección del Trabajo, en vista de que el Código del Trabajo no entrega un concepto de “servicios esenciales”, también precisa que “el sentido y alcance que debe darse al concepto de servicios esenciales contenido en el artículo 380, inciso 1º, del Código del Trabajo, es aquél que ha acuñado la Organización Internacional del Trabajo, a través de su Comisión de Expertos y Comité de Libertad Sindical, en el sentido que debe entenderse por tales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población.”

En efecto, el Comité de Libertad Sindical ha manifestado que: “El establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga sólo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que las huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales.”⁸⁷

⁸⁷ OIT, Op. cit., párrafo 606.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones; sin embargo, considera aceptable el servicio mínimo en ciertos casos, concretamente, “en las situaciones en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones.”⁸⁸

En atención a lo dispuesto por los órganos de control de la OIT, nuestra normativa en esta materia vulnera el principio de libertad sindical en tanto admite la solicitud de equipos de emergencia no sólo en los servicios esenciales, sino también en casos que superan los criterios fijados para la procedencia de servicios mínimos, como sucede al prescribirlos para el supuesto de que de la paralización de actividades pueda derivarse un daño actual e irreparable a los bienes materiales de la empresa en la que tiene lugar una huelga.

- La Dirección del Trabajo otorga carácter cautelar al derecho de solicitar equipos de emergencia en la medida que ha resuelto que “*el empleador*

⁸⁸ Libertad sindical y negociación colectiva, un Estudio general sobre los Convenios núms. 87 y 98 elaborado en 1994 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, 1994, párrafo 162)

puede requerir legalmente a los trabajadores un equipo de emergencia desde el instante que se acuerde la huelga". Es decir, declarada pero aún no iniciada la huelga, y antes de que se produzca el daño derivado de la paralización de actividades, el empleador puede ejercer el derecho de solicitar un equipo de emergencia.

- El empleador debe requerir por escrito a la comisión negociadora la solicitud de un equipo de emergencia y ésta, en el plazo de veinticuatro horas, deberá poner en conocimiento del empleador la nómina de trabajadores que integrarán el equipo de emergencia.
- En caso de que la comisión negociadora expresamente niegue al empleador la solicitud de equipo de emergencia o bien exista discrepancia en cuanto a la composición del mismo, el empleador puede formular reclamo en el plazo de cinco días ante la Inspección del Trabajo, organismo que deberá resolver la reclamación dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su presentación. De la resolución de la autoridad laboral puede reclamarse ante el Juzgado de Letras del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la resolución o de la expiración del plazo otorgado a la Inspección para que emita su pronunciamiento.

El artículo 380 del Código del Trabajo mediante la imposición de la obligación de proporcionar equipos de emergencia en actividades que no constituyen servicios esenciales, debilita la eficacia del derecho de huelga al reducir significativamente su contenido.

Reemplazo

El artículo 381 del Código del Trabajo regula el reemplazo de los trabajadores en huelga. Ésta es una de las disposiciones más controvertidas en la regulación del derecho de huelga y la que genera mayores críticas en el ámbito nacional e internacional.

En la discusión del Decreto Ley n° 2.758 sobre Negociación Colectiva, el ministro de Hacienda de la época, Sergio de Castro, señaló que el reemplazo “es uno de los conceptos quizás vitales del Plan Laboral. La filosofía general del Plan Laboral es que a todos los conflictos hay que darles una salida natural, o sea crear una serie de válvulas de escape que permitan que la presión se vaya y que los problemas se arreglen. Y dentro de esto el reemplazo juega un papel extraordinariamente importante.”⁸⁹

El inciso 2° del artículo 346 del Código del Trabajo hasta el año 1991 disponía: “Asimismo, la huelga no altera el derecho que tiene el empleador

⁸⁹ Acta n° 372 sobre Plan Laboral p. 216.

de organizar, dirigir y administrar la empresa, realizando cualquier función o actividad propia de ella, para cuyo efecto puede contratar los trabajadores que considere necesarios.”

Mediante la reforma al Código del Trabajo introducida por la Ley n° 19.069 del año 1991, se estableció la facultad del empleador de contratar personal para el desempeño de las funciones realizadas por los trabajadores en huelga, a partir del primer día de haberse hecho ésta efectiva, bajo condición de que su última oferta reuniera ciertos requisitos, entre los que no se contemplaba el pago de un bono de reemplazo.

La Ley n° 19.759 del año 2001 incorporó una última modificación al artículo 381 del Código del Trabajo. Sólo a partir de esta reforma, la disposición del artículo 381 dejó de utilizar el término “contratación” de personal para la realización de las funciones desempeñadas por los trabajadores en huelga, introduciendo en su lugar, la expresión “reemplazo de los trabajadores en huelga”. De la misma manera y en consecuencia, se cambió la redacción de la disposición, pasando desde permitir la contratación de personal bajo ciertas condiciones a prohibir el reemplazo que no reúna determinados requisitos.

Con la Ley n° 19.759 del año 2001, además, se sumó a los requerimientos exigidos para el reemplazo de los trabajadores en huelga,

que la última oferta del empleador comprendiera un bono de reemplazo por cada trabajador contratado como reemplazante.

El artículo 381 del Código del Trabajo no es una norma prohibitiva sino una norma imperativa de requisito puesto que permite el reemplazo sujeto al cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso 1°. De conformidad al inciso 1° de esta disposición, los requisitos que hacen procedente la contratación de reemplazantes de los trabajadores en huelga desde el día en que ésta se haya hecho efectiva son los siguientes:

- La última oferta del empleador debe haber sido entregada a los trabajadores involucrados en la negociación colectiva y remitida una copia a la Inspección del Trabajo, con una anticipación mínima de dos días al plazo de cinco días de que disponen los trabajadores para decidir la huelga;
- La última oferta del empleador debe contemplar idénticas estipulaciones a las contenidas en el contrato colectivo vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del IPC habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del mismo instrumento colectivo;
- La última proposición del empleador debe fijar una reajustabilidad mínima anual según la variación del IPC para el período del contrato excluidos los 12 últimos meses;

- La última oferta del empleador debe, además, incluir la proposición a los trabajadores involucrados en la negociación colectiva un bono de reemplazo equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante, pagadero por parte iguales a los huelguistas dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que la huelga concluya.

Si la última proposición del empleador no cumple con los requisitos de contenido exigidos, el empleador igualmente puede reemplazar a los huelguistas ofreciendo el bono de reemplazo, pero en este caso sólo a contar del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga. Asimismo, el empleador puede proceder al reemplazo de los trabajadores en huelga a partir del décimo quinto día de haberse iniciado la huelga, si después del plazo fijado, hace una oferta que cumpla con los requisitos de contenido, incluido el bono de reemplazo.

Si no existe instrumento colectivo vigente, para que proceda el reemplazo de los trabajadores en huelga, la última oferta del empleador debe contemplar a lo menos una reajustabilidad mínima anual, según la variación del IPC para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses.

La norma del artículo 381 del Código del Trabajo relaciona la figura del reemplazo de los trabajadores en huelga con el reintegro individual al trabajo de los huelguistas:

- Cuando la última oferta del empleador cumpla todos los requisitos exigidos para proceder al reemplazo, los trabajadores pueden optar por reintegrarse individualmente a sus labores a contar del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga.
- En caso de que la última proposición del empleador no reúna los requisitos que permiten el reemplazo, pero ofrezca el pago del bono de reemplazo, los trabajadores pueden optar por el reintegro individual a partir del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga.

El artículo 381 del Código del Trabajo, además, precisa que el empleador que haya reemplazado a los trabajadores en huelga o haya aceptado el reintegro individual de huelguistas, no puede retirar la oferta que le ha permitido hacer uso de estas facultades.

Como corolario esta norma dispone que el empleador puede formular más de una oferta, con tal que al menos una de las proposiciones cumpla con los requisitos legales. Con ello se evidencia que el legislador concede al empleador un cúmulo de oportunidades para que su oferta reúna los requisitos que autorizan el reemplazo.

La historia fidedigna del artículo 381 del Código del Trabajo da cuenta de que en la discusión legislativa fue especialmente relevante la determinación del tipo de reemplazo que permite esta disposición, esto es, si la prohibición del reemplazo recaía únicamente sobre la contratación de trabajadores externos o si abarcaba además a trabajadores de la misma empresa.

En efecto, durante la tramitación de la Ley n° 19.759, en la discusión en Sala durante el primer trámite constitucional, el H. Senador Pérez manifestó: “[...] Lo que no se comparte y se estima de la mayor gravedad es que la oferta del bono, además de condicionarse la posibilidad de contratar trabajadores externos reemplazantes, también es requisito para reemplazar por trabajadores de la misma empresa (reubicación) [...]”. En la discusión en Sala desarrollada con ocasión del segundo trámite constitucional, el H. Diputado Bertolino declaró: “El proyecto no permite el reemplazo con trabajadores de la misma empresa, sino que favorece el "lockout", es decir, no dejar trabajar a la gente disponible, lo cual, a nuestro juicio, es malo tanto para los trabajadores como para la empresa.”

Respecto del artículo 381 del Código del Trabajo, la Dirección del Trabajo ha emitido diversos dictámenes con el objeto de precisar su sentido y alcance. Así, mediante ordinario n° 1303/64 de 2004, la autoridad laboral ha resuelto que:

“[...] Aun cuando nuestra actual legislación reconoce el derecho fundamental de los trabajadores a ejercer la huelga como último recurso para hacer valer sus reivindicaciones, su ejercicio se encuentra limitado por dos figuras jurídicas contenidas en el artículo 381 del Código del Trabajo: la contratación de trabajadores reemplazantes durante la huelga y el reintegro individual.

Pues bien, considerando que el derecho de huelga se encuentra reconocido por organismos internacionales de los cuales nuestro país forma parte, tales como las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo, como un derecho fundamental de los trabajadores cuando se ejerce dentro de los límites legales y, además, ha sido recogido ampliamente en nuestra legislación como una etapa más dentro del proceso de negociación colectiva reglado (derecho garantizado constitucionalmente), cualquier norma que contenga alguna limitación a su libre ejercicio, como es el caso de las figuras del reemplazo de trabajadores durante la huelga y el reintegro individual de los mismos, durante el mismo periodo, debe ser interpretada de manera restrictiva. En este aspecto, debe tenerse en consideración la disposición contenida en el número 26 del artículo 19 de la Constitución Política, que garantiza que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los

derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Es por ello, que en este dictamen la Dirección del Trabajo establece que:

"[...] Se debe entender por personal de reemplazo cualquier dependiente que labore directamente para el empleador o para empresas contratistas como, asimismo, alumnos en práctica y/o personas ajenas a la empresa que se encuentren cumpliendo funciones propias de los trabajadores involucrados en la huelga.

Asimismo, precisa el referido pronunciamiento que el personal de reemplazo comprende:

- Personal contratado directamente por el empleador, a través de terceros o ajenos a la empresa, que se encuentren desempeñando las funciones de los trabajadores involucrados en la huelga.
- Estudiantes en práctica dentro de la empresa cumpliendo labores de las señaladas en el punto precedente, y
- Trabajadores de la misma empresa a quien el empleador, haciendo uso de la facultad que le entrega el artículo 12 del Código del Trabajo, hubiera cambiado de funciones con el objeto de suplir las de los trabajadores involucrados en la huelga.

- Trabajadores de la empresa a quienes el empleador hubiere cambiado de funciones y/o de lugar de trabajo, sin explicitar la facultad contenida en el artículo 12 del Código del Trabajo, o respecto de los cuales se verifique una mayor carga de trabajo, aumento de la jornada u horas extraordinarias.

En dictamen n° 1197/61 del año 2002, la Dirección del Trabajo concluyó que: “Para todos los efectos legales constituye reemplazo de los trabajadores en huelga cualquier modalidad que signifique que trabajadores dependientes de la empresa o ajenas a la misma desarrollen las funciones del personal en huelga”. La Dirección del Trabajo llega a esta conclusión bajo la premisa de que el artículo 381 del Código del Trabajo regula el reemplazo de las “funciones” de los huelguistas. Con ello, la autoridad laboral procura fijar un criterio objetivo para el reemplazo, subrayando la importancia de la función que ejecuta cada trabajador. De este modo, para proceder al reemplazo con trabajadores de la empresa, el empleador debe modificar sus contratos individuales de trabajo a fin de que se obliguen a desempeñar las funciones específicas de los huelguistas o bien debe ejercer a su respecto el *ius variandi*, cumpliendo los requisitos legales exigidos para el ejercicio de esta facultad.

Desarrollo jurisprudencial sobre el reemplazo previsto por el artículo 381 del Código del Trabajo

La jurisprudencia de los tribunales también ha desarrollado amplia doctrina respecto de la figura del reemplazo de huelguistas prevista en el artículo 381 del Código del Trabajo.

Los primeros fallos de la Corte Suprema, luego de la modificación de esta disposición por la Ley n° 19.579, estimaron que el artículo 381 prohibía “no sólo la contratación de trabajadores de reemplazo sino también el reemplazo mismo, cualquiera sea la forma en que se haga”⁹⁰. En este mismo sentido, el máximo tribunal del país declaraba que:

“La interpretación de la disposición contenida en el artículo 381 del Código del ramo, no puede orientarse hacia una huelga inoperante en la práctica, pues los trabajadores que la acordaron han debido cumplir con todos los requisitos pertinentes.

Por lo demás, se yergue como expresión rectora en dicha norma **la voz “reemplazo”, palabra que, en su sentido natural y obvio, significa “sustituir una cosa o persona por otra, poner en lugar de una cosa o persona, otra que haga sus veces”** y, ciertamente, ha sido lo que ocurrió en la situación que se plantea en estos autos, ya que el empleador asignó a otros de sus trabajadores a cumplir con las funciones que desarrollaban los dependientes que optaron por la huelga, es decir, produjo una sustitución.

Que al tener lugar la referida sustitución se atenta contra la huelga acordada, desde que si existe la posibilidad de designar a otros trabajadores para que realicen las labores cuyo cometido corresponde a los huelguistas, la

⁹⁰ Corte Suprema, ROL n° 4505-2005.

paralización por parte de estos deja de constituir la instancia necesaria para forzar un acuerdo con el empleador y, en mayor o menor grado, contraría el derecho a la asociación, garantizado constitucionalmente, en la medida en que el objetivo perseguido a través de la organización o constitución de un sindicato, se ve disminuido ante la imposibilidad de ejercer en plenitud las finalidades del ente sindical.

[...] Que, además, si bien la huelga constituye un desenlace no deseado para una negociación colectiva, **ningún sentido tiene ese derecho reconocido en favor de los trabajadores, si el empleador, en cualquier situación, puede realizar el reemplazo y continuar con el funcionamiento de la empresa, sin mayores tropiezos, pues ello importa atentar contra la eficacia de la huelga [...]**⁹¹.

Este primer criterio adoptado por la Corte Suprema subsiste en algunas sentencias dictadas por los tribunales laborales de primera instancia. Así, en causa **RIT T- 20-2009**, el **Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique** en fallo recaído en esos autos argumentó:

“[...] Que la denunciada efectivamente desarrolló actividades que entorpecieron el proceso de negociación colectiva, y específicamente el derecho a huelga, íntimamente ligada con el mismo, vulnerando con ello la garantía constitucional de ejercicio del derecho a la negociación colectiva, pues en el hecho **se privó de eficacia a la huelga legal, al contratar personal de reemplazo y disponer de otros empleados de la empresa para el desarrollo de las actividades ejercidas por aquellos trabajadores plegados a la huelga.**

[...] En relación a lo mismo, estima este sentenciador que **argumentar en torno a que el reemplazo se refiere sólo a la contratación de trabajadores nuevos no debiera resistir ningún análisis desde cuando dicha postura llevaría a la huelga a ser inoperante en la práctica**, por cuanto la patronal podría enfrentar sin problemas cualquier negociación colectiva y huelga consecuente, contratando personal con antelación al inicio conocido del proceso de negociación colectiva, precaviendo la posibilidad de huelga, y/o utilizando a los trabajadores de la empresa no adheridos a la

⁹¹ Corte Suprema, ROL n° 5673-2006.

huelga, para que realicen las labores del personal paralizado, y entendemos que **consagrar un derecho para que no tenga efecto alguno no responde a las leyes de la lógica [...]**⁹².

A partir del año 2007, la jurisprudencia de la Corte Suprema experimenta un cambio de criterio en materia de reemplazo de los trabajadores en huelga y en sus fallos declara que la figura del reemplazo prevista en el artículo 381 del Código del Trabajo no comprende la sustitución interna. Son diversos los fallos pronunciados en este sentido. A modo ilustrativo, la sentencia dictada por la Corte Suprema en recurso de unificación de jurisprudencia, **ROL n° 4936-2012** expresa:

[...] Se hace necesario precisar la inteligencia de la norma, desde que si bien es cierto se inicia disponiendo la prohibición de realizar “reemplazo”, no lo es menos, que en el desarrollo de las situaciones excepcionales en que esa circunstancia está permitida, el legislador se refiere a la contratación de trabajadores para los efectos de realizar el reemplazo de los dependientes en huelga. Y no es lo mismo reemplazar que contratar. No lo es, por cuanto la expresión reemplazo, en su sentido natural y obvio significa sustitución, es decir, cambiar uno por otro y la voz contratación, es indicativa de celebración de una convención.

[...] Que, por consiguiente, es en esta orientación en la que ha de procurarse el sentido del reemplazo prohibido en el artículo 381 del Código del Trabajo, delimitándolo dentro del contexto de la normativa en la que se contiene, es decir, a propósito de una instancia no deseada, atendidas las perniciosas consecuencias que trae consigo, por lo tanto, debe entenderse que lo que la ley impide – salvo en las condiciones excepcionales que ella misma regula – es la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquéllos que han declarado la huelga. Es decir, ha de tratarse de personal ajeno a la empresa.

⁹² Destacado propio.

[...] En consecuencia, se unifica la jurisprudencia en el sentido anotado en los motivos anteriores en relación con la adecuada e integral interpretación del artículo 381 del Código del Trabajo, esto es, debe entenderse que **la ley impide – salvo en las condiciones excepcionales que ella misma regula – la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquéllos que han declarado la huelga, es decir, debe tratarse de personal ajeno a la empresa.**⁹³

Con el mismo criterio y formulando la misma interpretación se pronunció la Corte Suprema en recurso de queja **ROL n° 1143-2012**.

Ahora bien, en diciembre del año 2014 la Corte Suprema levantó un razonamiento en torno al derecho de huelga y a la figura del reemplazo de trabajadores en huelga. En recurso de unificación de jurisprudencia **ROL n° 3514-2014**, el máximo tribunal del país estimó:

“[...] La huelga se ha legitimado como un recurso ineludible para obtener lo que el segmento laboral percibe necesario; surge una vez constatada la ineficacia de las demás modalidades destinadas a superar los desacuerdos entre los dos componentes configurantes de la empresa, concebida ésta como grupo productivo, a saber, el capital y el trabajo.

Se presenta como el rechazo por parte del factor trabajo, de manera concertada y colectiva, a continuar realizando su aporte, con miras a lograr mejoras en sus condiciones y su situación social, cuando desestimadas por el capital. En este sentido se hace manifiesto su carácter de presión ante el empleador; es un “ultimátum” a la patronal, que se enfrenta a la inminencia de la suspensión de labores y consecuente paralización del proceso productivo. Carecen los dependientes de otra herramienta pacífica que pueda contrapesar la autonomía y poder de la propiedad. [...].

[..] Hoy en día es mansa la significación de la huelga como el rechazo de los trabajadores de una unidad productiva a prestar los servicios a que se encuentran obligados en circunstancias normales. Está regulada como

⁹³ Destacado propio.

variante de un proceso de negociación a cargo de un colectivo de dependientes legalmente organizados en sindicatos, ante el fracaso de las tratativas tendentes a la obtención de mejorías en sus derechos. Es universalmente concebida como la vía inevitable para impulsar el entendimiento inter partes, pues presupone como elemento de su esencia, sin el cual degenera en cosa distinta, el riesgo del propietario, apremiado por la urgencia de reactivar el ente transitoriamente paralizada, contra su voluntad;

Esta significación elemental parece desde ya anidar el germen de una respuesta a la inquietud que nos mueve, en el sentido que **la palabra “huelga” conllevaría la inevitable suspensión de faenas y, por ende, chocaría frontalmente con toda clase de subterfugio potenciador de la reactivación, pues ese mérito legitimante estaría reservado exclusivamente al acuerdo de pareceres entre las partes de la negociación colectiva, que de manera importante obedecerá a una aceptación de la demanda del sector laboral por parte del patrón [...].**

[...] Pues bien, el artículo 381 es precisamente una de aquellas normaciones en las que el apartado 26° del propio artículo 19 de la Constitución tiene puesta la mira. Es ésta la que le ha mandado regular el ejercicio del derecho a la negociación colectiva.

Siendo así, tal derecho no podrá ser legalmente afectado en su esencia.

Esta garantía de las garantías se traduce, en lo que nos viene, en que no se encuentra autorizado el jurisdiscente para atribuir al artículo 381 un sentido del que derive ni más ni menos que la desafectación del derecho.

Este aserto parece ser determinante.

De aceptarse que el precepto indagado tolera el reemplazo con propios dependientes, aunque aportados por otras sedes, se lesiona en su esencia la suspensión colectiva de funciones en que consiste la huelga legal.[...]

[...] Es esa la lucha que recurrentemente devela el mundo laboral y que el mentado Libro IV del código de la especie deja tan abrumadoramente reglamentada, al plasmar una enorme cantidad de condiciones y requisitos que, en etapas sucedáneas y tras inmenso esfuerzo y desgaste, puede resultar en una declaración de huelga.

La huelga no es gratuita.

En ese contexto circunstancial surge la interrogante en punto a si se justificaría tanto empeño y, a menudo, también convulsión, para arribar a una hipotética paralización que en la práctica no lo fuere, dado que el patrón reemplazase de hecho a los comprometidos, con otros dependientes suyos que se desempeñan en locales, agencias o sucursales varias.

Se inclinan estos jueces por una respuesta negativa.

El prolongado iter de la negociación colectiva carecería de sentido; traicionaría su causa final.

En esa dirección, rehúye esta Corte una interpretación regresiva de las “aperturas” del artículo 381 [...]

[...] Al culminar el recorrido presentado en el razonamiento 9° de este documento, se constata que de las dos maneras de aprehender el sentido más profundo y holístico del discurso legal del tantas veces mencionado artículo 381 del Código del Trabajo, **la balanza se inclina en favor del que cierra absolutamente las puertas a toda suerte de reemplazo de los trabajadores en huelga, aún, por cierto, el consistente en traer desde otros lugares de la misma cadena en conflicto, trabajadores que releven a los paralizados**, conclusión ésta que sin pretenderse invalidadora de la postura plasmada en las sentencias de cotejo, es fruto del empleo consciente y responsable de las fuentes que alimentan el juicio jurisdiccional, para discernir con el mejor de los grados de acierto posible, cuál sea la línea que en asuntos tan importantes para la convivencia social convenga asuman los tribunales [...]⁹⁴

El desarrollo jurisprudencial acerca de la figura del reemplazo en huelga evidencia que la Corte Suprema a partir del año 2007 no ha resguardado el derecho de huelga en la medida que ha interpretado que la sustitución interna no se encuentra proscrita por el artículo 381 del Código del Trabajo, restringiendo de esta manera los efectos de un derecho ya

⁹⁴ Destacado propio.

limitado legalmente. En este escenario, el reciente fallo de diciembre del año 2014 marca una señal hacia la efectiva protección del derecho de huelga y el respeto a los instrumentos internacionales que lo consagran.

Según el registro llevado por la Dirección del Trabajo, durante el año 2014, treinta y cinco empresas fueron condenadas judicialmente por prácticas antisindicales. En cinco casos se sancionó el reemplazo ilegal de trabajadores en huelga y en dos se sancionó el reintegro ilegal.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre el reemplazo de trabajadores en huelga ha manifestado que:

“Se plantea un problema particular cuando la legislación o la práctica permiten que las empresas contraten a otros trabajadores para sustituir a sus propios empleados mientras hacen una huelga legal. Este problema es particularmente grave si, en virtud de disposiciones legislativas o de la jurisprudencia, los huelguistas no tienen garantizada, de derecho, su reincorporación a su empleo una vez finalizado el conflicto. La Comisión considera que este tipo de disposiciones o de prácticas menoscaban gravemente el derecho de huelga y repercuten en el libre ejercicio de los derechos sindicales.”⁹⁵.

⁹⁵ Estudio general de las memorias sobre el Convenio n° 87 y el Convenio n° 98, Informe III: Libertad sindical y negociación colectiva, 1994, párrafo 175.

Sobre esta misma materia, este órgano de control de la OIT ha pedido en reiteradas ocasiones al Gobierno de Chile que tome medidas para:

“Modificar el artículo 381 del Código del Trabajo que prohíbe, de manera general, el reemplazo de los huelguistas, pero que contempla la posibilidad de proceder a dicho reemplazo mediante el cumplimiento de ciertas condiciones por parte del empleador en su última oferta en la negociación y la exigencia del pago de un bono de cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. A este respecto, la Comisión toma nota de que el Gobierno recuerda que la posibilidad de reemplazo de los trabajadores en huelga se encuentra por regla general prohibida, siendo una facultad excepcional del empleador sujeta al cumplimiento de condiciones estrictas. La Comisión recuerda que el reemplazo de huelguistas debería circunscribirse a los casos en los que se puede restringir o incluso prohibir la huelga, es decir en la función pública respecto a los funcionarios que ejercen función de autoridad en nombre del Estado, en los servicios esenciales en el sentido estricto del término y en situaciones de crisis nacional o local aguda, o en caso de que no se respeten los servicios mínimos”⁹⁶.

⁹⁶ Informe de la CEACR, 2012, p.111, Observación CEACR. Adopción: 2011, Publicación: 101ª reunión CIT 2012, Observación CEACR. Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT 2010.

El año 2004, el Comité Económico, Social y Cultural, examinando el Tercer Informe periódico de Chile sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, emitió en el ámbito del derecho al trabajo una serie de Observaciones Finales, entre las cuales y signada con el n° 18 expresa:

“El Comité expresa preocupación porque el artículo 381 del Código del Trabajo prevé la posibilidad de sustituir a los trabajadores en huelga. Además, le inquieta que los servicios esenciales en que se puede prohibir la huelga no estén definidos con suficiente precisión en el artículo 384.”

En conclusión, el artículo 381 del Código del Trabajo afecta gravemente la esencia del derecho de huelga, convirtiéndolo en un derecho nominal, aparente sin contenido y sin eficacia.

Reintegro individual de los trabajadores en huelga

El artículo 382 del Código del Trabajo prohíbe al empleador proponer individualmente a los trabajadores involucrados en la negociación colectiva el reintegro a sus labores. Esta prohibición, sin embargo, reconoce la excepción contenida en el artículo 381. Por tanto, los trabajadores en huelga pueden optar por reintegrarse a sus funciones en caso de que la última oferta del

empleador cumpla todos los requisitos exigidos para proceder al reemplazo, o cuando el empleador ofrezca el bono de reemplazo si última proposición no reúne los requisitos que permiten el reemplazo. En el primero de los supuestos, los trabajadores pueden reintegrarse individualmente a contar del décimo quinto día de huelga efectiva y en el segundo, a partir de trigésimo día.

La prohibición establecida en el artículo 382 se desvirtúa y carece de fundamento si se entiende que la movilidad interna no constituye reemplazo de trabajadores en huelga.

Por su parte, el artículo 383 del Código del Trabajo complementa la regulación del reintegro individual de los trabajadores en huelga a sus funciones, siempre que el uso de tal prerrogativa afecte a todos éstos, no pudiendo discriminar entre ellos.

La Dirección del Trabajo ha resuelto que el reintegro es un derecho de los trabajadores en huelga y a la vez, una prerrogativa del empleador en tanto se le concede el derecho de aceptar que los huelguistas se descuelguen individualmente y retornen a sus labores.

El reintegro individual de los trabajadores en huelga a sus labores deviene en una causa de término de la huelga cuando más de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación hayan optado por la

reincorporación. El mismo día en que ello ocurra la huelga concluye y los trabajadores restantes deben reintegrarse a sus funciones en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador.

La figura del reintegro individual de los trabajadores en huelga a sus labores –conocida como descuelgue – establecida legalmente abre la puerta a la posibilidad de que el empleador ejerza presión sobre los huelguistas y en definitiva, zanje el conflicto colectivo a su arbitrio, en una instancia particularmente difícil en la que los trabajadores han sacrificado sus ingresos por la expectativa de mejorar sus condiciones laborales.

En suma, los artículos 382 y 383, en concordancia con el artículo 381 del Código del Trabajo, debilitan el derecho de huelga al descartar el elemento de presión basado precisamente, en la paralización de actividades concertada por decisión de los trabajadores y que permite contrarrestar el mayor poder negociador del empresario arraigado en su poder económico.

Prohibición del derecho de huelga

El artículo 384 del Código del Trabajo es concordante con el inciso 6° del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

La Constitución Política de la República prohíbe la declaración de huelga a los funcionarios del Estado y las municipalidades, así como a las personas que trabajan en corporaciones o empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. Agrega el texto constitucional que corresponde a la ley establecer los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores están afectos a esta prohibición.

El artículo 384 del Código del Trabajo prohíbe en términos absolutos el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales e impone en estos casos el arbitraje obligatorio, de no alcanzarse acuerdo entre las partes en el proceso negociador.

Así, esta disposición:

- Excluye del derecho de huelga a los trabajadores de empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.
- Precisa que las empresas cuya paralización ocasiona grave peligro para la salud, para el abastecimiento de la población, para economía del país o seguridad nacional son aquellas que comprenden parte significativa de

la actividad respectiva del país o aquellas cuya paralización implique la imposibilidad de recibir un servicio para un sector de la población.

- Impone el arbitraje obligatorio en la negociación colectiva que tenga lugar en estas empresas, a falta de acuerdo entre las partes.

De acuerdo, al inciso 2° del artículo 355 del Código del Trabajo, procede el arbitraje obligatorio en los casos en que esté prohibida la huelga. A continuación, este cuerpo legal establece las reglas procedimentales del arbitraje forzoso. Entre estas reglas destaca, la dispuesta en el artículo 363 que remite expresamente al arbitraje obligatorio al que debe someterse la negociación colectiva en las empresas en las que está prohibido el ejercicio del derecho de huelga, en caso de no haberse llegado a un acuerdo entre las partes.

El artículo 363 del Código del Trabajo dispone que el tribunal arbitral está “obligado a fallar en favor de una de las dos proposiciones de las partes, vigentes en el momento de someter el caso de arbitraje, debiendo aceptarla en su integridad” sin poder “fallar por una alternativa distinta ni contener en su fallo proposiciones de una y otra parte”. Agrega, esta norma que el árbitro laboral para fallar debe considerar el nivel de remuneraciones vigente en plaza para los distintos cargos sometidos a negociación, el grado de especialización y experiencia de los

trabajadores que incida en una mayor productividad a la empresa en relación a otras de esa actividad u otra similar, los aumentos de productividad obtenidos por los distintos grupos de trabajadores y el nivel de empleo en la actividad de la empresa objeto de arbitraje. Finalmente, el precepto establece que las costas del arbitraje son de cargo de las partes, por mitades.

El fallo arbitral deviene en un instrumento colectivo con efectos jurídicos semejantes a los del contrato colectivo.

El artífice del Plan Laboral argumentó la opción por un arbitraje obligatorio pendular en los siguientes términos: “Aquí el arbitraje es distinto: o toma lo que proponen los trabajadores o toma lo propuesto por el empresario. No hay términos medios. Visualizo el siguiente efecto: forzaré a las partes a ser racionales en sus presentaciones; y esto vale no sólo para los trabajadores sino también para los empleadores. De tal manera que si el empleador tiene una respuesta que no satisface a la objetividad de la negociación, lo más probable es que le vaya mal en el arbitraje; y como el árbitro está forzado a aceptar integralmente lo que diga uno u otro, aceptará lo que digan los trabajadores. Y a la inversa, si los trabajadores tienen un pliego exagerado que no esté de acuerdo con las mediciones objetivas del mecanismo, se arriesgan a no sacar nada. Y, además, hay problemas de platas de por medio en cuanto al pago de

los árbitros. [...] Es un procedimiento novedoso y estimamos que precisamente puede eliminar al máximo el uso de árbitro. [...] El arbitraje, a diferencia de lo que parece, es una fórmula que debe usarse muy poco por no gustarle a ninguna de las dos partes. [...] En consecuencia, es mucho mejor buscar todo mecanismo para que ojalá las partes se pongan de acuerdo entre ellas. Por eso, este arbitraje, con una u otra solución, tiende a acercar las posiciones.”⁹⁷

El resultado proyectado por José Piñera al establecer el arbitraje obligatorio de estas características se produjo ya que según consta en los registros de la Dirección del Trabajo, en el período comprendido entre 1990 y 2006 no han tenido lugar más de tres procesos arbitrales⁹⁸. Ello demuestra que la norma ha tenido una aplicación prácticamente nula.

En suma, este precepto supone que los trabajadores a los que les está vedado el ejercicio del derecho de huelga, además están sometidos, sin que medie su consentimiento sino por imperio de la ley, a un arbitraje que por sus peculiaridades, actúa como un mecanismo de presión para arribar a un acuerdo, en el que la empresa dispone de los medios sobrados para alcanzar una negociación a su favor.

⁹⁷ José Piñera, Acta n° 372 sobre Plan Laboral p. 87 y 88.

⁹⁸ Compendio de Series Estadísticas 1990-2006, p. 71 y 72.

- Prescribe que corresponde a los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción determinar cada año por resolución conjunta cuales son aquellas empresas cuya paralización produce los daños que hacen prohibitiva la huelga. Por Resolución Exenta n° 116 de 31 de julio de 2014, se estimó que noventa y ocho empresas se encontraban en la situación prevista en el artículo 384.

La Contraloría General de la República⁹⁹ ha interpretado que el Código del Trabajo distingue dos hipótesis que prohíben la declaración de huelga. Sostiene, este órgano contralor, que respecto de la hipótesis que prohíbe la declaración de huelga a los trabajadores de empresas cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, el Código del Trabajo contempla un mecanismo para determinar que concurren los requisitos que justifican esta prohibición; sin embargo no fija un procedimiento para determinar la configuración de la causal que prohíbe la huelga a los trabajadores de empresas que prestan servicios de utilidad pública.

⁹⁹ Dictámenes n° 37.849 de 2008 y n° 11.512 de 2009 de la Contraloría General de la República.

Entiende la Contraloría General de la República que “si en virtud de una ley, una determinada empresa cumple la función de entregar prestaciones que por sus características configuran un servicio de utilidad pública, deben necesariamente entenderse satisfechos los supuestos de la letra a) del artículo 384 (“no podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que atiendan servicios de utilidad pública”), sin que sea necesario legalmente proceder a la ponderación de otros factores para incluir o excluir a esa entidad de la enumeración contenida en la resolución conjunta que prevé esta disposición, toda vez que la ley no lo contempla”¹⁰⁰.

De esta manera, la Contraloría General de la República ha resuelto que respecto de las entidades que prestan servicios de utilidad pública no es necesario calificar administrativamente los posibles efectos de una eventual paralización (esto es, que cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional) para que opere la prohibición de declarar la huelga.

En consecuencia, mediante los dictámenes n° 37.849, 11.512, 53.479 y 5.612, la Contraloría General de la República ha declarado que las empresas concesionarias de servicios sanitarios y eléctricos son

¹⁰⁰ Dictamen n° 37.849 Contraloría General de la República, paréntesis propio.

empresas que atienden servicios de utilidad pública y por tanto, sus trabajadores se encuentran excluidos del ejercicio del derecho de huelga.

La norma del artículo 384 del Código del Trabajo prevé una excepcional negociación colectiva reglada – único procedimiento negociador en el que se admite el ejercicio del derecho de huelga – sin derecho a huelga. Este precepto ha sido objeto de duras críticas tanto por su distancia de los parámetros definidos por los convenios de la OIT para las restricciones y prohibiciones del derecho de huelga, como por las características del arbitraje obligatorio, que es el mecanismo implementado para poner término al conflicto colectivo en los casos en que se prohíbe el ejercicio del derecho de huelga.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones en 1983 definió los servicios esenciales en sentido estricto como “los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.”¹⁰¹ Posteriormente, el Comité de Libertad Sindical resolvió que: “Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la

¹⁰¹ Estudio general de las memorias sobre el Convenio n° 87 y el Convenio n° 98, Informe III: Libertad sindical y negociación colectiva, 1983, párrafo 214.

existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.”¹⁰²

El criterio utilizado por el legislador en el artículo 384 del Código del Trabajo para prohibir el ejercicio del derecho de huelga excede la directriz establecida por los órganos de control de la OIT.

En efecto, esta disposición fundamenta la prohibición del derecho de huelga en conceptos vagos y de contenido amplio: utilidad pública; daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país y seguridad nacional.

El concepto de utilidad pública es el único respecto del cual se ha desplegado un esfuerzo por precisar su contenido. La Contraloría General de la República ha descrito los servicios de utilidad pública como aquellos que se vinculan con la entrega de las prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población. Con todo, la noción de servicios de utilidad pública desarrollada por el órgano contralor supera el concepto de servicios esenciales elaborado por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical.

¹⁰² OIT, Op. cit., párrafo 581.

Jaime Guzmán Errázuriz, quien tuvo una intervención fundamental en el establecimiento de los principios rectores de la Constitución Política de la República de 1980, respecto del concepto de seguridad nacional manifestó: “No es mi propósito ofrecer aquí ninguna definición acabada de la seguridad nacional como concepto. Pienso incluso que intentarlo en tal carácter, arriesga empequeñecer sus alcances, peligro común a muchas definiciones de los valores más ricos de la convivencia social.”¹⁰³

Por esta razón, la seguridad nacional como límite de derechos fundamentales se instaló en nuestra normativa sin precisión conceptual alguna, con un contenido intencionalmente amplio y sujeta a una interpretación temporal y subjetiva, constituyéndose en lo que la doctrina denomina “concepto de contenido indeterminado” o “concepto válvula”. En consecuencia, la seguridad nacional como criterio sobre el que se sustenta la prohibición del ejercicio del derecho de huelga también, sobrepasa los márgenes de lo que los órganos de control de la OIT han fijado como servicios esenciales y que son premisa necesaria para restringir o incluso suprimir el derecho de huelga.

En cuanto al abastecimiento de la población y la economía del país basta remitirse a la extensión de su contenido para percibir la desproporción

¹⁰³ GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, “Seguridad Nacional en la Constitución de 1980”, Revista de Derecho Público. Universidad de Chile n°37-38, Vol. 1985, p.49.

y poca razonabilidad de la norma del artículo 384 del Código del Trabajo al fijar estos conceptos como fundamentos para la prohibición del ejercicio del derecho de huelga.

En armonía con la restricción absoluta de la huelga establecida en la Constitución Política de la República y el Código del Trabajo, la Ley n° 12.927 sobre Seguridad del Estado en su artículo 11 sanciona penalmente el ejercicio del derecho de huelga en los “servicios públicos, o de utilidad pública, actividades de la producción, del transporte o del comercio”

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones en reiteradas oportunidades ha solicitado al Gobierno de Chile que “se derogue el artículo 11 de la Ley sobre Seguridad Interior del Estado n° 12927 que dispone que toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública o en las actividades de producción, del transporte o del comercio producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituyen delito y serán castigados con presidio o relegación.”¹⁰⁴

El Comité de Libertad Sindical, en tanto ha resuelto que:

¹⁰⁴ Informe de la CEACR, 2012, Observación CEACR. Adopción: 2011, Publicación: 101ª reunión CIT 2012, Observación CEACR. Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT 2010.

“Nadie debería poder ser privado de libertad, ni ser objeto de sanciones penales por el mero hecho de organizar o de haber participado en una huelga pacífica.”¹⁰⁵

En relación al artículo 384 del Código del Trabajo, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha requerido al Gobierno de Chile que adopte medidas para:

“Modificar el artículo 384 del Código del Trabajo que dispone que no podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que atiendan servicios de utilidad pública, o cuya paralización, por su naturaleza, cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional (en estos casos, el mismo artículo dispone en su inciso tercero que si no se llegare a un acuerdo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, se procederá al arbitraje obligatorio). La Comisión toma nota de que el Gobierno se refiere al caso núm. 2649 examinado por el Comité de Libertad Sindical y que indica que la Contraloría General de la República ha señalado que esta restricción a la declaración de huelga se justificaría atendiendo que: a) el trabajador labora en ciertas entidades cuyo funcionamiento debe asegurarse en forma continua por razones de interés general, y al principio de serviciabilidad del Estado señalado en el inciso 3 del artículo 1 de la Constitución que obliga a este a promover el bien

¹⁰⁵ Oit, Op. cit., párrafo 672.

común; b) para aplicar esta prohibición, no correspondiendo efectuar distinciones atendiendo a la circunstancia de que para ejecutar parte de su trabajo, las respectivas entidades recurran al régimen de subcontratación; y c) los Convenios de la OIT núms. 87, 98 y 151 no contienen declaraciones o estipulaciones que conciernan específicamente a la situación de huelgas en entidades que presten servicios esenciales para la población. Al tiempo que toma nota de estas informaciones, la Comisión reitera que la definición de servicios en los que puede prohibirse la huelga del artículo en cuestión, así como la lista elaborada por las autoridades gubernamentales es demasiado amplia y va más allá de aquellos servicios cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población; y que en la última lista se incluyen algunas terminales portuarias de carácter privado que no pueden ser considerados como servicios esenciales en el sentido estricto del término.”¹⁰⁶

El Comité de Libertad Sindical ha emitido los siguientes pronunciamientos sobre las restricciones al derecho de huelga y el arbitraje obligatorio, que evidencian la vulneración al principio de libertad sindical por

¹⁰⁶ Observación CEACR – Adopción: 2011, Publicación: 101^a reunión CIT 2012. Del mismo tenor son los Comentarios CEACR, Anexo IV, Chile, 2011; Observación CEACR – Adopción: 2011, Publicación: 101^a reunión CIT 2012 y Observación CEACR- Adopción: 2007, Publicación 97^a reunión CIT 2008

parte de nuestra legislación, particularmente del artículo 384 del Código del Trabajo:

- “El principio sobre privación de huelgas en los servicios esenciales podría quedar desvirtuado si se tratara de declarar ilegal una huelga en una o varias empresas que no prestaran un servicio esencial en el sentido estricto del término, es decir, los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o en parte de la población.”¹⁰⁷
- “No parece apropiado que todas las empresas del Estado sean tratadas sobre la misma base en cuanto a las restricciones al derecho de huelga, sin distinguir en la legislación pertinente entre aquellas que son auténticamente esenciales y las que no lo son.”¹⁰⁸
- “El hecho de vincular las restricciones del derecho de huelga con las dificultades que provocan en el comercio y los intercambios se abren las puertas a la prohibición de una diversidad de acciones reivindicatorias y de huelgas legítimas. Aun cuando las huelgas y otras acciones conexas tienen repercusiones perjudiciales para el comercio y los intercambios, tales consecuencias no convierten de por sí al sector

¹⁰⁷ OIT, Op. cit., párrafo 583.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, párrafo 584.

afectado en un servicio esencial, y por ende debería mantenerse el derecho de huelga en el mismo.”¹⁰⁹

- “La imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieren de acuerdo sobre el proyecto de contrato colectivo plantea problemas de aplicación con el Convenio n° 98.”¹¹⁰
- “El recurso de arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva sólo es admisible en el marco de los servicios esenciales en el sentido estricto (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población).”¹¹¹
- “En cuanto a la índole de las garantías apropiadas en caso de restricción del derecho de huelga en los servicios esenciales y en la función pública, la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados.”¹¹²
- “Para conseguir y conservar la confianza de las partes, todo sistema de arbitraje debería ser realmente independiente, es decir que los

¹⁰⁹ *Ibíd.*, párrafo 592.

¹¹⁰ *Ibíd.*, párrafo 992.

¹¹¹ *Ibíd.*, párrafo 994.

¹¹² *Ibíd.*, párrafo 596.

resultados de los arbitrajes no deberían ser predeterminados por criterios legislativos”¹¹³. Respecto de esta resolución es necesario tener presente que el artículo 363 del Código del Trabajo fija criterios a considerar por el árbitro laboral al momento de dictar el fallo que pone término al arbitraje obligatorio previsto por el artículo 384 del mismo cuerpo legal.

En conclusión, con el artículo 384 del Código del Trabajo, el legislador hace una opción que demuestra su rechazo – mal disimulado en el resto del articulado – al derecho de huelga al prohibirlo en ciertos casos bajo criterios lo más amplios posibles y prescindir de la alternativa de imponer en estos supuestos, servicios mínimos, por más que los impone en el artículo 380 también en términos abiertos.

Reanudación de faenas

El artículo 385 del Código del Trabajo dispone que en caso de producirse una huelga o lock-out que por sus características, oportunidad o duración cause grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, el Presidente de la República está facultado para decretar la reanudación de

¹¹³ *Ibíd.*, párrafo 995.

faenas, la que se hará efectiva en las mismas condiciones vigentes al momento de presentar el proyecto de contrato colectivo.

En la discusión del Plan Laboral, se expusieron los motivos y la finalidad de esta disposición. El Ministro del Trabajo de la época, José Piñera, explicó esta norma en los siguientes términos: “Supongamos por ejemplo que – en julio de cada año se hace una lista – el señor Presidente pudiera haber dicho que la paralización de una empresa de transportes de Punta Arenas no provoca grave daño a la economía o a la seguridad nacional en ese momento. Sin embargo, puede ocurrir en el país cualquier situación en términos de seguridad nacional o de economía, y cuando dicha empresa va a la huelga, se ve que si está provocando grave daño. En el fondo, es una manera de que, si por circunstancias transitorias una huelga está haciendo grave daño a todas las categorías que hemos señalado, el Presidente pueda decretar la reanudación de faenas por un determinado tiempo. Se trata de empresas cuya paralización generalmente no provoca grave daño pero, por alguna circunstancia, una huelga específica de ellas si lo está provocando. Entonces, se deja, digamos, el último recurso de, incluso...”¹¹⁴

En efecto, la reanudación de faenas prevista en el artículo 385 del Código del Trabajo es el último recurso que nuestra normativa establece

¹¹⁴ José Piñera, Acta n° 372 sobre Plan Laboral p. 90 y 91.

para neutralizar el derecho de huelga. Este último recurso queda entregado al Ejecutivo, a quien corresponde decidir su utilización y apreciar la concurrencia de los requisitos que lo hacen procedente.

Los requisitos que deben concurrir para que el Ejecutivo haga uso de la facultad de decretar la reanudación de faenas son incluso más amplios que los exigidos en el artículo 384 del Código del Trabajo para determinar la prohibición del ejercicio del derecho de huelga. Conforme dispone el artículo 385, la reanudación de faenas se justifica en los siguientes casos:

- Huelga o lock-out que por sus características cause grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.
- Huelga o lock-out que por la oportunidad en que se desarrolla cause grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.
- Huelga o lock-out que por su duración cause grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

A los requisitos del artículo 384 del Código del Trabajo para la prohibición del ejercicio del derecho de huelga, se suman criterios temporales: oportunidad y duración, y se incluye un fundamento basado en

las “características” de la huelga que en concreto se trata de terminar por decreto de reanudación de faenas.

Se trata de requisitos de contenido excepcionalmente abierto y de apreciación subjetiva: grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes y servicios, a la economía del país y la seguridad nacional ocasionados por una huelga o lock-out, declarada en un momento considerado inoportuno, con una duración juzgada inconveniente o con unas características evaluadas como lesivas.

La reanudación de faenas es, por tanto, una facultad absolutamente discrecional del Ejecutivo.

El conflicto colectivo, en este caso, concluye en un fallo arbitral emitido según el procedimiento arbitraje obligatorio pendular establecido en el Título V del Libro IV del Código del Trabajo, con la salvedad de que las costas de este arbitraje las asume el Fisco.

La norma del artículo 385 del Código del Trabajo es coherente con el artículo 38 de la Ley nº 12.297 sobre Seguridad del Estado, que dispone:

“En caso de paralización ilegal que cause grave daño en industrias vitales para la economía nacional o empresas de transportes, predios o establecimientos productores o elaboradores de artículos o mercaderías esenciales para la

defensa nacional o para el abastecimiento de la población o que atiendan servicios públicos o de utilidad pública, el Presidente de la República podrá decretar la reanudación de faenas con intervención de las autoridades civiles o militares.

En dichos casos los trabajadores volverán al trabajo en las mismas condiciones que regían al tiempo de plantearse la paralización ilegal.

El interventor tomará a su cargo las gestiones para dar solución definitiva al conflicto, pero en ningún caso tendrá facultades de administración.”

La Ley sobre Seguridad del Estado faculta al Ejecutivo no sólo a decretar, en caso de huelga ilegal, la reanudación de faenas en prácticamente todos los sectores productivos bajo criterios amplios – que exceden los denominados servicios esenciales en sentido estricto – sino que también lo autoriza a disponer la intervención civil o militar.

Sobre la reanudación de faenas, el Comité de Libertad Sindical ha emitido los siguientes pronunciamientos:

- “Cuando la suspensión total y prolongada del trabajo dentro de un sector importante de la economía pueda provocar una situación que ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población, podría ser legítimo

impartir a determinada categoría de personal la orden de reanudar el trabajo si, por su magnitud y duración, la huelga pudiera provocar dicha situación. En cambio, exigir que se reanude el trabajo en los casos no comprendidos bajo esta condición es contrario a los principios de la libertad sindical.”¹¹⁵

- “La intervención del ejército en los conflictos laborales no favorece el clima exento de violencia, presiones y amenazas esencial para el ejercicio de la libertad sindical”¹¹⁶
- “El uso de la fuerza armada y la movilización de huelguistas con el fin de acabar con una huelga de reivindicaciones profesionales, salvo en el caso de los servicios esenciales o en circunstancias de la más alta gravedad, constituyen una violación grave de la libertad sindical.”¹¹⁷

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones insistentemente ha solicitado formalmente al Gobierno de Chile que adopte medidas tendientes a:

“Modificar o derogar el artículo 385 del Código del Trabajo que dispone que en caso de producirse una huelga que por sus características, oportunidad o

¹¹⁵ OIT, Op.cit., párrafo 634.

¹¹⁶ Ibid., párrafo 641.

¹¹⁷ Ibid., párrafo 635.

duración causare grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, el Presidente de la República podrá decretar la reanudación de faenas. La Comisión toma nota de que el Gobierno informa que la Dirección del Trabajo, entidad encargada de fijar el sentido y alcance de la normativa laboral, en dictamen núm. 5062/093 de fecha 26 de noviembre de 2010, ha expresado el concepto de «servicios esenciales» contenido en el artículo 380, inciso 1, del Código del Trabajo, en el sentido que debe entenderse por tales «aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población». A este respecto, la Comisión observa que la definición de los servicios con respecto a los cuales el Presidente de la República puede ordenar la reanudación de las faenas va más allá de los servicios esenciales en el sentido estricto del término.”

2.3. Conclusiones

La reglamentación del derecho de huelga implica su reconocimiento; sin embargo, esta reglamentación no puede traducirse en una negación del ejercicio del derecho. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce con reticencia el derecho de huelga y lo somete a un régimen legal que, primeramente

impone obstáculos para su procedencia, para luego, si éstos logran ser superados, condicionar su ejercicio a diversas instancias de ratificación, y finalmente entorpecerlo al punto de vaciarlo de contenido al afectar su esencia por medio de normas que establecen la obligación de otorgar servicios mínimos universales, el reemplazo de los trabajadores en huelga y su reintegro individual hasta disponer la prohibición del derecho de huelga y como último recurso otorgar al Ejecutivo la facultad de intervenir en el conflicto colectivo poniendo fin a la paralización de actividades.

Se trata, entonces de un régimen legal que desnaturaliza el derecho de huelga e impide su libre ejercicio, privándolo de la necesaria tutela que debe otorgársele en cuanto expresión de la libertad sindical.

El Tribunal Constitucional en Requerimiento sobre constitucionalidad n° 280 del año 1998, en relación a la afectación del contenido esencial de un derecho, declaró:

“De la propia jurisprudencia constitucional se extrae que se “impide su libre ejercicio” cuando el legislador entraba un derecho “más de lo razonable” o lo hace en forma “imprudente”. El Tribunal ha sostenido que si bien **el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo “en forma prudente y dentro de latitudes razonables”**.

[...] Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible.

También el Tribunal ha definido lo que entiende por “impedir el libre ejercicio del derecho”. Ha dicho que ello ocurre en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.

Se afecta entonces, el derecho en su esencia cuando se imponen tributos, requisitos o condiciones que hagan absolutamente ilusorio el ejercicio del derecho.

[...] **El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular.** Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular.

Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación. [...]”¹¹⁸

A tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho de huelga en nuestra normativa se encuentra afectado en su esencia ya que está sometido a un régimen que lo **“priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible”**, le impone requisitos que hacen **“absolutamente ilusorio”** su ejercicio, lo hace **“impracticable”** en la medida que sus facultades no **“pueden ejecutarse”** y

¹¹⁸ Destacado propio, Sentencia recaída en requerimiento constitucional ROL n° 280, 20 de octubre de 1998.

lo “**dificulta más allá de lo razonable**” al establecer limitaciones que “**se convierten en intolerables para su titular**”.

El Comité de Libertad Sindical ha declarado respecto de las limitaciones reglamentarias al ejercicio del derecho de huelga lo siguiente:

- “Los procedimientos legales para declarar una huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal.”¹¹⁹
- “Las condiciones requeridas por la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales.”¹²⁰

Estos pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical se explican por la importancia que este órgano de control otorga al derecho de huelga, que en este sentido manifiesta:

- “El Comité ha reconocido siempre que el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales.”¹²¹

¹¹⁹ OIT, Op.cit., párrafo 548.

¹²⁰ *Ibíd.*, párrafo 547.

¹²¹ *Ibíd.*, párrafo 521.

- “El derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales.”¹²²
- El derecho de huelga es corolario indisociables del derecho de sindicación protegido en el Convenio n° 87.”¹²³

Nuestro país ha suscrito y ratificado diversos instrumentos internacionales, en virtud de los cuales ha asumido compromisos en materia de derechos laborales, que continúan pendientes, entre ellos, una adecuación normativa del régimen legal del derecho de huelga a los parámetros exigidos por esos instrumentos internacionales.

Los instrumentos internacionales que consagran y reconoce el principio de libertad sindical, suscritos y ratificados por Chile son:

- Declaración Universal de Derechos Humanos.

El número 4 del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹²⁴ dispone:

“4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la

¹²² Ibid. párrafo 522.

¹²³ Ibid., párrafo 523.

¹²⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos no es un tratado internacional; sin embargo, constituye un instrumento vinculante para el sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la medida que complementa la Carta de Naciones Unidas.

defensa de sus intereses.”

- Carta de Naciones Unidas.

La letra c. del artículo 55 de la Carta de Naciones Unidas¹²⁵ declara:

“Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

c. El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El artículo 22 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹²⁶ establece:

“Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover,

¹²⁵ La Carta de Naciones Unidas se encuentra suscrita y ratificada por Chile.

¹²⁶ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no tiene el carácter de tratado internacional; no obstante, es vinculante en cuanto complementa la Carta de la Organización de Estados Americanos.

ejercer y proteger sus intereses de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.”

- Carta de la Organización de los Estados Americanos.

El artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos¹²⁷ proclama:

“Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

- iii. Los empleadores y los trabajadores, tanto urbanos como rurales, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva”

¹²⁷ La Carta de la Organización de los Estados Americanos se encuentra suscrita y ratificada por Chile.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 26 de esta Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²⁸ dispone:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

¹²⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentra suscrita y ratificada por Chile.

Culturales¹²⁹ señala:

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

- a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
- b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
- c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

¹²⁹ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra suscrito y ratificado por Chile.

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

1. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”

- Carta Democrática Interamericana.

El artículo 10 de la Carta Democrática Interamericana¹³⁰ declara:

“La promoción y el fortalecimiento de la democracia requieren el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los

¹³⁰ La Carta Democrática Interamericana fue suscrita por Chile.

Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998, así como en otras convenciones básicas afines de la OIT. La democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio”

El artículo 13 de esta Carta manifiesta:

“La promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio”

- Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de la Organización Internacional del Trabajo.¹³¹
- Convenio n° 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de la Organización Internacional del Trabajo.¹³²

¹³¹ Ratificado y promulgado el año 1999.

¹³² Ratificado y promulgado el año 1999.

En definitiva, en Chile urge una modificación legislativa significativa que reconozca con rango constitucional y expresamente el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y que regule su libre ejercicio acorde a principios democráticos y a las directrices señaladas por la Organización Internacional del Trabajo. Una modificación en esta dirección permitirá que la huelga cumpla su rol de promoción de la igualdad material en beneficio de los trabajadores.

La igualdad material es una tarea pendiente en nuestro país, como lo reflejan los índices de desigualdad en la distribución del ingreso y pobreza de los ingresos. A pesar de que en Chile la distribución de ingresos se ha mantenido relativamente estable desde fines de la década de los ochenta, éstos presentan coeficientes de Gini¹³³ mayores a 0,50 durante el período 2000-2011, lo que sin lugar a dudas da cuenta de una sociedad con altos niveles de desigualdad. Así, en la actualidad, Chile es el país de la OCDE con más desigualdades en los ingresos entre ricos y pobres.

En estos índices de desigualdad especial relevancia tiene la desigualdad proveniente del mercado laboral. El 80% de la población percibe el 47% del total de los ingresos y el 20% más rico percibe el 53% del total de los ingresos y la

¹³³ Medida de desigualdad que muestra cuánto se aleja la distribución de ingresos de un país respecto a una situación de perfecta igualdad de ingresos. El valor del indicador se deriva a partir de la “curva de Lorenz” y fluctúa entre 0 y 1, donde 0 significa que no existe desigualdad (todas las personas tienen el mismo nivel de ingresos) y 1 representa el mayor nivel de desigualdad posible (una persona tiene todos los ingresos del país y el resto, nada).

diferencia entre las remuneraciones más altas y las más bajas era de 6,7 veces el año 2013.

Este panorama de desigualdad de ingresos también se evidencia en una creciente brecha entre el crecimiento de los salarios y la productividad del trabajo. En efecto, en el período comprendido entre los años 1990 y 2014 mientras la productividad laboral experimentó un aumento equivalente a un 119 por ciento, el incremento de los salarios fue sólo de un 6,5 por ciento.

Son diversas las políticas públicas a nivel internacional dirigidas a la superación de la desigualdad a través del establecimiento de salarios mínimos, el fortalecimiento de la actividad sindical, la promoción de la negociación colectiva, la eficacia de las medidas de autotutela colectiva y la protección social.

El desafío de la superación de la desigualdad supone dejar atrás el modelo impuesto por el Plan Laboral, construido sobre el debilitamiento, la fragmentación y atomización sindical; la concepción de la negociación colectiva como procedimiento radicado a nivel de empresa y destinado asegurar una remuneración adecuada a la productividad, prescindiendo de su función redistributiva; y un derecho de huelga sin contenido.

Estos pilares del Plan Laboral se expresan hasta el día de hoy en cifras de la realidad:

- Sólo ocho de cada cien empresas tiene sindicato.
- El 50 por ciento de los sindicatos activos cuenta con 37 o menos afiliados.
- La sindicalización apenas supera el 11 por ciento de los potenciales trabajadores que podrían sindicalizarse y entre los trabajadores dependientes no alcanza el 16 por ciento de la fuerza de trabajo.
- La tasa de cobertura de la negociación colectiva es de un 8,4 por ciento.
- Sólo un 14,5 por ciento de las empresas con sindicato ha negociado colectivamente y sólo un 6,1 por ciento de los asalariados está cubierto por algún instrumento colectivo.
- De las huelgas laborales registradas durante el año 2014, un 52,6 por ciento fueron legales y un 47,4 por ciento fueron ilegales. Las huelgas ilegales convocaron un promedio de 3.851 trabajadores y las legales sólo a un promedio de 229 trabajadores.

En el camino hacia la equidad, Chile tiene el desafío de proponer un nuevo enfoque de los derechos colectivos laborales, que contemple el derecho de huelga como una garantía para que los trabajadores corrijan su histórica situación de inferioridad socioeconómica y de escasa representación política.

3. PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES (BOLETÍN N° 9835-18)

El 29 de diciembre de 2014, el Gobierno de Michelle Bachelet, dando cumplimiento al compromiso programático asumido en su Programa de Gobierno para el período 2014-2018, presentó en el Congreso un proyecto de reforma laboral en el ámbito de los derechos colectivos, que comprende modificaciones al Código del Trabajo con el propósito de modernizar el sistema de relaciones laborales.

Este proyecto de ley conocido como “Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales” introduce modificaciones al Libro III, “De las organizaciones sindicales y del delegado sindical”, en materia de sindicalización; sustituye íntegramente el Libro IV, “De la negociación colectiva”, del Código del Trabajo, comprendiendo cambios al procedimiento de negociación colectiva y al sistema de mediación y arbitraje.

Esta iniciativa legislativa, al proponer modificaciones a la negociación colectiva, incorpora un nuevo régimen legal para el ejercicio del derecho de huelga.

3.1. Modificaciones al Libro IV del Código del Trabajo

Esta propuesta legislativa sustituye íntegramente el Libro IV del Código del Trabajo, que pasa de estar compuesto por 111 artículos a regular el derecho de negociación colectiva en 112 artículos.

3.1.1. Negociación colectiva

Este proyecto de ley mantiene la definición de negociación colectiva del artículo 303 del Código del Trabajo, introduciendo dos cambios. El primero de ellos, es que la definición contemplada no se pronuncia respecto de la naturaleza de la negociación colectiva. Mientras la definición vigente le atribuye el carácter de procedimiento, la propuesta legislativa no se refiere a ella ni como procedimiento ni como derecho. La segunda modificación, es más significativa y ha suscitado gran controversia tanto en el debate prelegislativo como en las audiencias públicas que han tenido lugar en el seno de la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados. Esta segunda modificación dice relación con la titularidad sindical, estableciendo al sindicato como único sujeto activo legitimado para negociar colectivamente. Con ello, se pone término a la equiparación de los grupos negociadores con los sindicatos. De este modo, se pretende dar cumplimiento a la Recomendación n° 91 sobre contratos colectivos de OIT y las resoluciones

del Comité de Libertad Sindical que precisan que la negociación directa entre la empresa y los trabajadores, cuando existen organizaciones sindicales es contraria al principio de promoción de la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores.

Coherente con esta modificación, los beneficios de un instrumento colectivo se otorgan a los trabajadores afiliados al sindicato que los obtuvo en la negociación colectiva y los que se afilien a él con posterioridad a la suscripción de dicho instrumento.

Se termina así con la facultad del empleador de extender por decisión unilateral y a su arbitrio los beneficios de la negociación colectiva a los trabajadores que estime pertinente prevista en el actual artículo 346 del Código del Trabajo. La facultad de extender los beneficios de un instrumento colectivo a trabajadores sin afiliación sindical queda entregada al acuerdo del empleador, del sindicato y la aceptación del trabajador no sindicalizado favorecido por la extensión. De esta forma, la declarada titularidad sindical de los beneficios obtenidos en la negociación colectiva se relativiza.

Por otra parte, el Mensaje de esta iniciativa anuncia una ampliación en la cobertura de la negociación colectiva. Para ello propone ampliar su ámbito subjetivo; sin embargo mantiene inalterada la exclusión de negociar colectivamente en el ámbito objetivo en los mismos términos que la

legislación vigente. Es precisamente la restricción de la negociación colectiva en el ámbito objetivo la que excluye a una parte significativa del mundo laboral del ejercicio de este derecho, además del inciso 2° del artículo 1° del Código del Trabajo que hace inaplicable las normas de este cuerpo legal “a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.”

Esta restricción del ámbito objetivo de la negociación colectiva pugna con las resoluciones del Comité de Libertad Sindical que ha manifestado que los empleados públicos, que no ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado deben poder negociar colectivamente y ejercer el derecho de huelga.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en informes emitidos los años 2013 y 2014 ¹³⁴ hace presente que “desde hace varios años pide al Gobierno de Chile que tome medidas para modificar o derogar varias disposiciones legislativas o

¹³⁴ Extractos de los Informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. de los años 2013 y 2014.

que adopte medidas para que todos los trabajadores gocen de las garantías previstas en los artículos 2 y 3 del Convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y la Protección al Derecho de Sindicación.”

En estos informes, este órgano de control ha declarado que en relación al Convenio n° 98 sobre Derecho a Sindicación y Negociación Colectiva, “desde hace varios años pide al Gobierno chileno que tome medidas para modificar o derogar las siguientes disposiciones del Código del Trabajo que no están en conformidad con el Convenio: el artículo 1° que dispone que el Código no se aplica los funcionarios del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga participación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentre sometidos por ley a un estatuto especial; el artículo 304 que no permite la negociación colectiva en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de este Ministerio y en aquellas en que las leyes especiales la prohíban, ni en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendarios, hayan sido financiadas en más de un 50% por el Estado directamente, o través de derechos o impuestos.”

En el ámbito subjetivo, el proyecto de ley concede el derecho a negociar colectivamente a los trabajadores aprendices de grandes empresas

y a los trabajadores sujetos a contrato por obra o faena, además de a los denominados trabajadores de confianza, salvo aquellos que “tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración”. Respecto de estos últimos, no parece oportuno otorgar el derecho a negociar colectivamente a los trabajadores que se desempeñan en funciones de mando, control y supervisión ya que por su estrecha vinculación con la empresa, pueden distorsionar el proceso negociador.

Por tanto, el avance en la ampliación de la cobertura de la negociación proclamado en la propuesta legislativa es de corto alcance.

En cuanto al nivel de la negociación colectiva, el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales deja subsistente un modelo de negociación colectiva descentralizada, esto es, a nivel de empresa. El efecto de la opción por la negociación colectiva a nivel de empresa es el debilitamiento del poder negociador de los trabajadores y en la práctica, la negación del derecho a negociar colectivamente a los trabajadores que se desempeñen en empresas en las que no es posible alcanzar el quórum mínimo para la constitución de un sindicato (ocho trabajadores).

En efecto, una de las materias que esta propuesta legislativa deja pendiente es la aceptación de la negociación colectiva en un ámbito superior

al de la empresa, como es la negociación colectiva sectorial. La negociación colectiva sectorial es un modelo ventajoso en cuanto a la amplitud de su cobertura al involucrar a trabajadores de todo un sector, al fortalecimiento sindical, a la reducción de la conflictividad laboral y a su conveniencia para tratar aspectos de carácter general o macroeconómico que afectan a la actividad laboral.

Al mantener la negociación colectiva a nivel de empresa, el proyecto de ley, no cumplirá el objetivo expuesto en el Mensaje de “lograr que más productividad redunde en una mayor equidad, promoviendo así más justicia social.”

Sobre las materias negociables, la iniciativa legal; no obstante declarar en el Mensaje, la necesidad de ampliar la negociación a “materias propias de la organización del trabajo, más allá de las condiciones comunes de trabajo y las condiciones remuneracionales”, conserva la prohibición de negociar materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa.

La extensión de materias susceptibles de negociación a que se refiere el proyecto de ley son los pactos sobre condiciones especiales de trabajo, que dotan a los empleadores de mecanismos óptimos para la flexibilidad laboral, ahora legitimados por el acuerdo con el sindicato que represente sólo

al 30 por ciento de los trabajadores y para los restantes trabajadores por acuerdo individual aprobado por la Inspección del Trabajo.

La ampliación de las materias susceptibles de negociación planteada por el proyecto colectivo, en lugar de avanzar en el respeto, promoción y defensa de los derechos laborales, constituye un retroceso. Es una demanda de las organizaciones sindicales la extensión de las materias negociables, pero en ningún caso en esa dirección y siempre dentro de un modelo de negociación colectiva centralizada con sindicatos fuertes.

La iniciativa del Ejecutivo, al igual que la legislación vigente, contempla tres procedimientos de negociación colectiva: negociación colectiva reglada, negociación colectiva semireglada y negociación colectiva no reglada. Respecto del procedimiento de negociación colectiva reglada, el Mensaje promete una simplificación que en el articulado del proyecto no es tal, puesto que se prevé una exhaustiva reglamentación del procedimiento, similar a la actual y que incluso agrega nuevas actuaciones y etapas, como la mediación voluntaria del artículo 347, la mediación forzada del artículo 348 y la mediación obligatoria del artículo 355, el complicado procedimiento establecido para el caso de que el empleador no dé respuesta al proyecto de contrato colectivo del artículo 339, el engorroso procedimiento de reclamo de legalidad de la respuesta del empleador del artículo 342 y las reuniones directas en la Inspección del Trabajo del artículo 345.

El procedimiento de negociación reglada propuesto, además, determina múltiples intervenciones administrativas, que resultan obligatorias para las partes. Así, por ejemplo, el artículo 345 dispone que cualquiera de las partes puede requerir a la Dirección del Trabajo una citación a audiencia con el fin de celebrar una reunión directa y fijar un calendario de reuniones cuando estime que la contraparte no está haciendo esfuerzos para lograr un acuerdo. La asistencia a estas reuniones es obligatoria y la no concurrencia a ellas da lugar a la mediación forzosa, que también está a cargo de la Inspección del Trabajo competente.

Sobre las intervenciones administrativas en la negociación colectiva, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “los organismos encargados de resolver conflictos entre las partes de una negociación colectiva deberían ser independientes y el recurso a tales organizaciones debería hacerse en forma voluntaria.”¹³⁵

En la misma línea de la normativa vigente, este proyecto de ley únicamente otorga fuero a los trabajadores involucrados en una negociación colectiva reglada y sólo en este procedimiento admite el ejercicio del derecho de huelga.

¹³⁵ OIT, Op. cit., párrafo 932.

Los artículos 365 a 367 de la propuesta legislativa regulan un procedimiento de negociación colectiva reglada llevada a cabo por un sindicato interempresa y de carácter obligatorio para la empresa. Los quórum requeridos para la procedencia de este procedimiento impiden a los sindicatos pequeños a acceder a él.

Los artículos 368 a 376 proponen un procedimiento de negociación colectiva anticipada para las organizaciones sindicales que agrupan a trabajadores eventuales y sujetos a contrato por obra o faena transitoria.

En definitiva, en el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, la negociación colectiva constituye el primer obstáculo para el ejercicio del derecho de huelga, de la misma manera que lo es en la legislación actual.

Perdura la restricción del derecho de huelga por la vía de la limitación de la negociación colectiva estructurada del siguiente modo:

- Se restringe la negociación colectiva en su ámbito de aplicación, en el nivel en que puede desarrollarse y en las materias de que puede ser objeto.
- Sólo en uno de los tres procedimientos de negociación colectiva procede el ejercicio del derecho de huelga.

- A las restricciones anteriores, se agrega la prohibición del ejercicio del derecho de huelga a ciertos trabajadores, a quienes se les otorga, sin embargo, el derecho a negociar colectivamente.
- Sorteados estos impedimentos al ejercicio del derecho de huelga, éste se encuentra constreñido por una reglamentación orientada a entorpecerlo y neutralizar sus efectos.

3.1.2. Derecho de huelga

El derecho de huelga en el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales está sometido a diversas restricciones.

3.1.2.1. Definición del derecho de huelga

El artículo 349 del proyecto de ley define la huelga como “un derecho que debe ser ejercido colectiva y pacíficamente por los trabajadores.”

Esta definición reconoce la huelga como derecho, reconocimiento negado intencionalmente por el Plan Laboral. Sin embargo, luego prosigue la conceptualización incorporando elementos inherentes de la huelga, como es su carácter colectivo y pacífico omitiendo toda referencia a su contenido

esencial, esto es, la suspensión de actividades decidida por los trabajadores con una finalidad reivindicatoria.

De acuerdo a los órganos de control de la OIT, la huelga que se encuentra amparada por el principio de libertad sindical es aquella de carácter pacífico, sin desconocer por ello que este derecho se ejerce en un contexto de tensión de las relaciones colectivas de trabajo.

El problema que suscita la definición propuesta radica principalmente en que la caracterización como pacífica del ejercicio del derecho de huelga es susceptible de apreciación subjetiva y de interpretación amplia. Agrava el problema el hecho de que el proyecto de ley tipifica en la letra b) del artículo 412 como práctica desleal “el ejercicio de fuerza física en las cosas, o física o **moral** en las personas durante el procedimiento de negociación colectiva, especialmente si se obstaculizara el ingreso para prestar servicios del personal directivo y de trabajadores no involucrados en la huelga.”

Por esta vía, será posible ponderar como violentos todos los piquetes realizados durante el ejercicio de la huelga, todas las manifestaciones asociadas al desarrollo de una huelga y todas las ocupaciones de los centros de trabajo. Sobre este punto, el Comité de Libertad Sindical ha sido claro al precisar que:

- “Los trabajadores deben poder gozar del derecho de manifestación pacífica para defender sus intereses profesionales.”¹³⁶ (133)
- “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 sólo se justificarían en los casos en que la huelga **dejase de ser pacífica**”¹³⁷
- “La prohibición de piquetes de huelga se justificaría si la huelga **perdiera su carácter pacífico.**”¹³⁸
- “El solo hecho de participar en un piquete de huelga y de incitar abierta, pero pacíficamente, a los demás trabajadores a no ocupar sus puestos de trabajo no puede ser considerado como acción ilegítima.”¹³⁹

¹³⁶ *Ibíd.*, párrafo 133.

¹³⁷ *Ibíd.*, párrafo 545..

¹³⁸ *Ibíd.*, párrafo 649.

¹³⁹ *Ibíd.*, párrafo 651.

Es evidente que este órgano de control de la O.I.T. considera como elemento inherente del derecho de huelga su carácter pacífico y en atención a ello lo reconoce como derecho legítimo de los trabajadores, así como las acciones asociadas al ejercicio de la huelga.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, señalando que:

“Cuando la legislación nacional garantiza el derecho de huelga, muy a menudo se plantea el problema de determinar si la acción emprendida por los trabajadores efectivamente constituye una huelga de conformidad con la definición contenida en la ley. En general, cabe considerar como huelga toda suspensión del trabajo, por breve que sea ésta. [...] La institución del piquete de huelga, tiene por objetivo asegurar el éxito de la huelga persuadiendo al mayor número posible de personas a no acudir al trabajo. [...] Según la Comisión, sería preferible que la imposición de restricciones a los piquetes de huelga y a la ocupación de los lugares de trabajo se limitaran a los casos en que estas acciones **dejen de ser pacíficas.**”¹⁴⁰

(173)

Generalmente, la definición legal del derecho de huelga es el principal límite formal que los ordenamientos jurídicos establecen para su ejercicio.

¹⁴⁰ Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, O.I.T., Ginebra, 1994, párrafos 173 y 174.

Por ello, existe una tendencia legislativa a no incorporar una definición del derecho de huelga: la legislación argentina, uruguaya, española, francesa, italiana, alemana, austriaca, holandesa, finlandesa, húngara e israelí, entre otras carecen de definición legal de huelga.

3.1.2.2. Ámbito del derecho de huelga

En la iniciativa legal, al igual que en la legislación vigente, la primera restricción que se aplica al derecho de huelga es su ámbito de ejercicio.

En este proyecto, que propone una nueva reglamentación de la negociación colectiva, persiste el derecho de huelga concebido como una etapa del procedimiento de negociación colectiva reglada. Subsiste, entonces, la ilicitud del derecho de huelga desarrollado al margen de un procedimiento de negociación colectiva y, en consecuencia su ejercicio constituye incumplimiento contractual o configura delito sancionado en la Ley n° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

El Comité de Libertad Sindical, además de declarar que el derecho de huelga no debe estar circunscrito a los procedimientos de negociación colectiva, ha resuelto que: “Las organizaciones encargadas de defender los

intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política, económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida.”¹⁴¹

3.1.2.3. Procedimentalización

Este proyecto de ley mantiene una rigurosa reglamentación del derecho de huelga, que produce el mismo efecto que la regulación vigente, esto es, el entorpecimiento de su ejercicio

i) Disposiciones que entorpecen la gestación de la huelga

Esta reglamentación comprende normas sobre la votación de la huelga y la oportunidad para hacer efectiva la huelga y disposiciones relativas a la mediación obligatoria.

Oportunidad de la huelga

¹⁴¹ OIT, Op.cit., párrafo 527.

El artículo 351 del proyecto de ley establece que la comisión negociadora debe convocar a la votación de la huelga con a lo menos cinco días de anticipación a la fecha en que ésta deba realizarse y dispone que cuando la votación no se hubiera realizado por causas ajenas al sindicato, éste tendrá un plazo de cinco días para proceder a ella. Esta disposición fija el mismo plazo de la convocatoria de la votación de la huelga que el actual inciso 2° del artículo 370 del Código del Trabajo y elimina el efecto que el inciso 3° de esa norma prevé para el caso de no producirse la votación en la oportunidad legal y que ha sido objeto de reparos y objeciones por parte de los órganos de control de la OIT, en tanto implica una presunción de voluntad colectiva tácita por la cual se entiende la aceptación de los trabajadores de la última oferta del empleador.

Convocatoria de la votación de la huelga y votación de la huelga

El artículo 352 del proyecto de ley precisa la oportunidad de la votación de la huelga en los siguientes términos “si existe instrumento colectivo vigente, la huelga debe ser votada dentro de los últimos cinco días de vigencia del instrumento” y “en caso de no existir instrumento colectivo vigente, la huelga debe ser votada dentro de los últimos cinco días de un total de cuarenta y cinco contados desde la fecha de la presentación del proyecto de contrato colectivo.” La letra b) del inciso 1° del vigente artículo 370 del Código del Trabajo establece esta misma oportunidad para la

votación de la huelga, con la salvedad que para el supuesto de no existir instrumento colectivo este plazo comprende un período que va desde los cuarenta y cinco a sesenta días desde la presentación del proyecto de contrato.

La norma del artículo 352 de la propuesta legislativa, además, permite la prórroga del plazo para la votación de la huelga por común acuerdo de las partes.

El artículo 353 del proyecto de ley precisa que el empleador debe facilitar que el proceso de votación se lleve a cabo con normalidad, debiendo otorgar los permisos necesarios para que los trabajadores concurran a la votación; la comisión negociadora laboral, por su parte, está obligada a organizar el proceso de votación evitando alterar el normal funcionamiento de la empresa. Finalmente esta disposición permite la realización de asambleas el día de la votación.

Este artículo 353 constituye una novedad respecto de la legislación actual en tanto establece patrones de comportamiento de las partes para el día de la votación de la huelga y termina con la prohibición expresa de celebrar asambleas ese día contemplada en el inciso final del actual artículo 372 del Código del Trabajo.

Quórum de aprobación de la huelga

El artículo 354 de esta iniciativa comprende disposiciones contenidas en los actuales artículos 372, 373 y 374 del Código del Trabajo. En efecto, este artículo detalla que la votación debe efectuarse en forma personal, secreta y en presencia de un ministro de fe; que los votos deben ser impresos; que éstos deben emitirse con la expresión “última oferta del empleador” “huelga”. Asimismo, determina que cualquiera de estas dos opciones debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los trabajadores representados por el sindicato, debiéndose descontar del quórum de la votación a los trabajadores que “no se encuentren actualmente prestando servicios en la empresa por licencia médica, feriado legal o que por requerimientos de la empresa, se encuentren fuera del lugar habitual donde prestan servicios”. Por último, señala que de aprobarse la huelga, ésta se hará efectiva a partir del inicio de la respectiva jornada del tercer día siguiente a su aprobación.

De la comparación de este artículo 354 del proyecto de ley con los artículos 372, 373 y 374 del Código del Trabajo se constata que subsiste:

- El quórum requerido para la aprobación de la huelga. Este alto quórum ha sido objeto de reproche por parte de los órganos de control de la OIT. En concreto, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones en reiteradas oportunidades ha solicitado al Gobierno de

Chile la modificación de los artículos 372 y 373 del Código del Trabajo con el fin de eliminar la presunción de aceptación de la última oferta del empleador en caso de falta de quórum, de asegurar que para dar por aprobada la huelga se tomen en consideración únicamente los votos emitidos y que el quórum se fije a un nivel razonable. De estos requerimientos de la Comisión, la iniciativa legal sólo responde al primero y ello en atención a que la presunción de voluntad tácita en contra de la huelga prevista por el artículo 373 del Código del Trabajo es abiertamente contraria al principio de libertad sindical.

- Plazo para hacer efectiva la huelga. No sólo se mantiene este tiempo de espera entre la aprobación de la huelga y su ejercicio efectivo sino que se fija el mismo plazo, tres días. Una norma respetuosa de la autonomía sindical debería establecer que es facultad de los trabajadores que han optado por la huelga decidir el momento ésta iniciará efectivamente.

Mediación

El artículo 355 del proyecto de ley impone una instancia de mediación obligatoria. De acuerdo a este artículo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al acuerdo de huelga, cualquiera de las partes podrá solicitar la mediación de la Inspección del Trabajo, por un plazo de cinco días hábiles,

prorrogables de común acuerdo hasta por cinco días hábiles. Sólo una vez concluida la mediación sin acuerdo, puede hacerse efectiva la huelga.

Si bien esta mediación se propone como un mecanismo destinado a promover el diálogo y acercamiento de las partes, su efecto no es otro que retrasar el ejercicio de la huelga ya aprobado por la decisión unilateral del empleador.

El artículo 356 de esta iniciativa establece otra instancia de mediación, esta vez denominada mediación forzosa, para el caso de no alcanzar la mayoría requerida para aceptar la última oferta del empleador o para aprobar la huelga. Si este procedimiento de mediación fracasa, el conflicto colectivo se somete a arbitraje forzado. Esta norma se erige como otro obstáculo en la gestación de la huelga.

ii) Disposiciones que limitan o neutralizan los efectos del ejercicio del derecho de huelga

Lock-out o cierre temporal de la empresa

El artículo 357 y 358 del proyecto de ley regula el lock-out o cierre de la empresa en los mismos términos que lo hacen los vigentes artículos 375 y 376 del Código del Trabajo. La única modificación que se introduce es que el

reclamo judicial de la resolución de la Inspección del Trabajo respecto de la procedencia del lock-out se tramitará conforme al procedimiento monitorio.

Persiste, pues, el lock-out como un mecanismo bloqueador de los efectos de la huelga. Con todo, la Confederación de Producción y del Comercio ha postulado la necesidad de suprimir el plazo máximo que se establece para el lock-out, como una medida equilibradora de las partes ya que la legislación no contempla plazo máximo de duración para el ejercicio de la huelga.

El artículo 359 de la iniciativa, que señala los efectos de la huelga y del lock-out reproduce el artículo 377 del Código del Trabajo sin cambio alguno.

Reanudación de negociaciones

El artículo 360 del proyecto de ley contempla la facultad de las partes de reanudar las veces que estimen pertinentes las negociaciones, pudiendo en ese caso acordar la suspensión temporal de la huelga y el lock-out por el plazo que convenga. Se establece, por tanto, otra instancia que debilita la huelga declarada e iniciada.

Servicios mínimos

Con el artículo 361 de la propuesta legislativa se inicia el Capítulo titulado “Limitaciones del derecho de huelga”. Esta disposición se presenta bajo el epígrafe “Servicios mínimos y equipos de emergencia” y guarda semejanza con el actual artículo 380 del Código del Trabajo.

Los servicios mínimos son aquellos servicios que pueden imponerse en los servicios “de importancia trascendental” (de acuerdo a la terminología empleada por el Comité de Libertad Sindical) o “de utilidad pública” (expresión usada por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones) y que no corresponden al concepto de servicios esenciales, que justifica la prohibición del derecho de huelga. En base a esta distinción entre servicios esenciales y servicios de importancia trascendental o de utilidad pública, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha estimado que es admisible la obligación de proveer servicios mínimos “en las situaciones en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los

usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones.”¹⁴²

El Comité de Libertad Sindical dentro de los servicios mínimos ha formulado una distinción entre “servicios mínimos de seguridad” orientados a velar por la seguridad de las personas, evitar accidentes y garantizar la seguridad de las instalaciones y “servicios mínimos de funcionamiento” cuya finalidad es mantener hasta cierto punto la producción o los servicios de la empresa o institución donde se produce la huelga. Respecto de los servicios mínimos de seguridad, el Comité ha resuelto que son aceptables en todos los casos de huelga; sin embargo, respecto de los servicios mínimos de funcionamiento, ha determinado que su establecimiento sólo procede en aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en sentido estricto); en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración pudieran provocar una crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en riesgo y en servicios públicos de importancia trascendental.

¹⁴² Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, O.I.T., Ginebra, 1994, párrafo 162.

Los órganos de control de la OIT, además han fijado los alcances de los servicios mínimos señalando que éstos en ningún caso pueden restar eficacia a la huelga. En este sentido el Comité de Libertad Sindical ha declarado que:

“En la determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen deberían poder participar no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. En efecto, ello no sólo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, **sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto [...]**¹⁴³”

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en la misma línea sostiene que los servicios mínimos se caracterizan por ser un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, de modo de no menoscabar la eficacia de

¹⁴³ OIT, Op.cit., párrafo 612.

uno de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores para defender sus intereses económicos y sociales¹⁴⁴.

Los servicios mínimos que el artículo 361 del proyecto de ley impone como obligación a la comisión negociadora laboral, exceden el alcance restringido que a éstos dan los órganos de control de la OIT. En efecto, los servicios mínimos a que se refiere esta norma van más allá de los servicios mínimos de seguridad y de funcionamiento ya que se establecen con el fin de permitir “atender las operaciones indispensables para evitar un daño actual e irreparable a los bienes materiales, instalaciones o infraestructura de la misma o que causen grave daño al medio ambiente o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud” y por “el tiempo que sea necesario para los fines que fueron determinados.”

Dada la amplitud de la finalidad que deben cumplir los servicios mínimos y lo genérico de los requisitos que los hacen procedentes, éstos devienen en una obligación general y a todo evento durante la huelga. Concebidos de esta forma los servicios mínimos, se anulan los efectos de la huelga, restándole, en consecuencia, eficacia.

Esta desnaturalización de los servicios mínimos se ve agravada por el hecho de que el incumplimiento de proveerlos constituye, conforme lo

¹⁴⁴ Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, O.I.T., Ginebra, 1994, párrafo 161.

dispone la letra g) del artículo 412, una práctica desleal, sancionada con una multa de una a cien unidades tributarias mensuales por cada trabajador comprometido en el equipo de emergencia conformado para llevar a cabo los servicios mínimos.

El artículo 362 de la iniciativa legal establece un procedimiento para la calificación de la procedencia y suficiencia de los servicios mínimos. Si los servicios mínimos no se han convenido con anterioridad, éstos deben acordarse al inicio de la negociación colectiva a solicitud del empleador, disponiendo el sindicato de cinco días para responder a este requerimiento.

En caso de controversia sobre la procedencia de los servicios mínimos y la conformación del equipo de emergencia designado para su desempeño, a petición de cualquiera de las partes interviene la Inspección del Trabajo. La resolución de la autoridad laboral es reclamable ante la jurisdicción laboral en procedimiento monitorio.

La calificación de los servicios mínimos importa la incorporación de una nueva etapa al procedimiento de negociación colectiva reglada y en la práctica, una judicialización del derecho de huelga.

Prohibición de la huelga

El artículo 363 del proyecto de ley señala las empresas en las que está prohibido el ejercicio del derecho de huelga. Se prohíbe declarar la huelga a los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

Esta disposición mantiene la prohibición del ejercicio del derecho de huelga establecida en el actual artículo 384 del Código del Trabajo. Los fundamentos para determinar esta prohibición se amparan en conceptos vagos y de contenido amplio, tales como la utilidad pública, el daño a la salud, al abastecimiento de la población, o a la seguridad nacional. Estos criterios exceden los definidos por los órganos de control de la OIT, que han limitado la exclusión del derecho de huelga a los “servicios esenciales en sentido estricto”, es decir, a los servicios cuya interrupción pudiera poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

Asimismo, el artículo 363 prevé un procedimiento para la calificación de las empresas en que puede prohibirse la huelga. Esta calificación se verifica a petición fundada de parte en forma bianual por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y

Economía, Fomento y Turismo. Esta resolución triministerial es susceptible de reclamo ante la Corte de Apelaciones competente.

En los casos en que se determine la prohibición del ejercicio del derecho de huelga, el conflicto colectivo deberá someterse a arbitraje obligatorio, según dispone el inciso 2° del artículo 392 del proyecto de ley.

Reanudación de faenas

El artículo 364 de la propuesta legislativa contempla la facultad de decretar por resolución judicial la reanudación de faenas en caso de “producirse una huelga o lock-out, que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional”.

Actualmente, la decisión y responsabilidad de la reanudación de faenas corresponde al Ejecutivo. La norma del artículo 364, en cambio, dispone la intervención judicial en el conflicto colectivo a solicitud de la empresa y entrega la responsabilidad de la reanudación de faenas a la judicatura laboral, bajo unos supuestos abiertos y de difícil determinación.

Con ello, surge por decisión patronal una nueva instancia de judicialización del derecho de huelga, de la que puede resultar una ampliación del ámbito de aplicación de la reanudación de faenas.

Con esta norma, en definitiva, el proyecto de ley otorga al empleador un último recurso para eliminar los efectos del ejercicio del derecho de huelga.

3.2. El reemplazo en el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales

El artículo 349 del proyecto de ley, luego de definir la huelga, prohíbe el “reemplazo de los **puestos de trabajo** de los trabajadores en huelga” y agrega que la infracción de esta prohibición constituye “una práctica desleal grave” que autoriza a la Inspección del Trabajo para “requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes de los puestos de trabajo en huelga”. El reemplazo, según dispone el artículo 413, es sancionado con una multa de una a cien unidades tributarias mensuales por cada trabajador involucrado en la negociación colectiva.

Esta iniciativa prohíbe el reemplazo de los puestos de trabajo y no de los trabajadores con una forma de impedir no sólo la contratación de

personal externo sino también evitar que el empleador en ejercicio de la facultad del *ius variandi* recurra a la movilidad funcional o acuda a la subcontratación para sortear la prohibición del reemplazo. Sin embargo, y en aras de fijar el alcance de la norma, hubiera sido más adecuado prohibir expresamente la movilidad funcional y la contratación de trabajadores en régimen de subcontratación o señalar que la prohibición del reemplazo comprende también el ejercicio del *ius variandi* y el recurso de la subcontratación.

Esta iniciativa legal, además, establece que el reemplazo de los puestos de trabajo es una práctica desleal del empleador, sancionada con una multa de una a cien unidades tributarias mensuales por cada trabajador involucrado en la negociación colectiva.

3.3. Conclusiones

Si bien el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales recoge algunas observaciones hechas por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones al Gobierno de

Chile, subsisten en materia de negociación colectiva y derecho huelga los principios inspiradores del Plan Laboral de 1979.

Particularmente, respecto del derecho de huelga se mantiene plenamente vigente el Considerando 6° del Decreto Ley n° 2.758, según el cual:

“El proceso de negociación tiene por naturaleza la finalidad de evitar conflictos o facilitar su solución, lo que requiere, además, que aquél sea responsable e integrador, con cuyo objeto es preciso que las partes puedan convenir mecanismos de mediación y arbitraje, de modo que el recurso de la huelga sólo se adopte en casos en que sea imposible lograr una solución, con los riesgos consiguientes para empleadores y trabajadores.”

4. PROPUESTAS DE REFORMAS AL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y AL DERECHO DE HUELGA

4.1. Reformas al derecho de negociación colectiva

Frente a una normativa del derecho de negociación colectiva construida por el Plan Laboral del año 1979, la alternativa para avanzar

hacia una negociación colectiva ajustada a principios democráticos y que cumpla su finalidad redistributiva y de promoción de equidad social, es necesario una negociación colectiva sustentada en los principios elaborados por la OIT, y especialmente expresados en el Convenio n° 154 sobre Negociación Colectiva.

Las bases de este modelo de negociación colectiva deben considerar:

- a)** Adoptar medidas para asegurar el pleno cumplimiento de los Convenios n° 87 y 98 de la OIT.
- b)** Ratificar el Convenio n° 154 sobre Negociación Colectiva de la OIT.
- c)** Consagrar constitucionalmente el derecho de negociación colectiva sin restricciones significativas.
- d)** Otorgar tutela constitucional al derecho de negociación colectiva.
- e)** Establecer la titularidad sindical en la negociación colectiva. La titularidad de la negociación colectiva debe radicarse únicamente en el sindicato, excluyendo a los grupos negociadores en aquellas empresas en las que exista sindicato.
- f)** Ampliar el ámbito de la negociación colectiva permitiendo su ejercicio al sector público.
- g)** Ampliar las materias susceptibles de negociación colectiva. Es necesario que los trabajadores tengan mayor participación en materias

o procesos relacionados con la gestión o dirección de la empresa, sin que ello importe un mecanismo de flexibilidad y precarización laboral.

- h)** Establecer la negociación colectiva con carácter obligatorio para el empleador en todos los niveles.
- i)** Establecer la negociación colectiva sectorial. La negociación colectiva sectorial asegura la ampliación de su cobertura y promueve el fortalecimiento sindical.

Los acuerdos en la negociación colectiva sectorial pueden tomar dos formas: reemplazar los acuerdos adoptados por empresa o establecer un marco mínimo referencial para las negociaciones por empresas.

- j)** Eliminar la limitación de la negociación colectiva en función de la antigüedad de la empresa.
- k)** Eliminar la facultad del empleador de declarar períodos no aptos para la negociación colectiva.
- l)** Simplificar el procedimiento de negociación colectiva, fijando únicamente fecha de presentación, respuesta y fecha de término; de modo que las partes libremente desarrollen la negociación.
- m)** Asegurar la entrega oportuna por parte empresarial de los antecedentes indispensables para la preparación de proyecto de contrato colectivo.
- n)** Reducir el período de vigencia de los instrumentos colectivos. Actualmente, los contratos colectivos y fallos arbitrales tienen una

duración no inferior a dos años ni superior a cuatro años. Ello supone que entre un proceso de negociación y otro transcurren entre dos y cuatro años, limitando la capacidad de desarrollar una regulación que se haga cargo de los nuevos desafíos que presente el contexto de las relaciones laborales.

- o)** Establecer de un piso mínimo para la negociación colectiva.
- p)** Disponer que los beneficios obtenidos en negociación colectiva únicamente a los afiliados al sindicato que la llevó a cabo y a los trabajadores que se afilien al mismo con posterioridad a la suscripción del contrato colectivo. Establecida la titularidad sindical, procede que los beneficios obtenidos por el sindicato en el proceso de negociación colectiva se extiendan únicamente a los trabajadores afiliados al sindicato o aquellos trabajadores que se afilien al mismo con posterioridad a la suscripción del contrato colectivo.
- q)** Ampliar la procedencia del procedimiento de tutela laboral por vulneración al derecho de negociación colectiva.
 - El artículo 485 del Código del Trabajo dispone: “El procedimiento contenido en este párrafo (tutela laboral) se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números

1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”

El procedimiento de tutela laboral debe amparar y garantizar el derecho de negociación colectiva.

- r) Reconocer como vulneración al derecho fundamental de la negociación colectiva, el despido de los trabajadores en el período inmediatamente posterior (tres a seis meses) al proceso de negociación colectiva. Siendo, en consecuencia, procedente la tutela laboral.
- s) Reconocer como vulneración a la libertad sindical, la confección de listas negras, procediendo a su respecto, el procedimiento de tutela laboral.

4.2. Reformas al derecho de huelga

- a) Adoptar medidas para asegurar el pleno cumplimiento de los Convenios n° 87 y 98 de la OIT.
- b) Consagrar expresamente y con rango constitucional el derecho de huelga, como derecho fundamental de los trabajadores.
- c) Adoptar medidas para asegurar el pleno cumplimiento del Convenio n° 151 sobre las relaciones del trabajo en la administración pública.
- d) *Derogar* el artículo 11 de la Ley n°12.927 sobre Seguridad del Estado.
- e) Derogar la letra i) del artículo 78 de la Ley n° 18.834 que aprueba el Estatuto Administrativo, que prohíbe a los funcionarios públicos organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado.
- f) Derogar la letra i) del artículo 82 de la Ley n° 18.833 que aprueba el Estatuto Administrativo para funcionarios municipales, que prohíbe a los funcionarios municipales organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros

actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración.

- g)** Otorgar tutela constitucional al derecho de huelga
- h)** Reconocer el derecho de huelga más allá del procedimiento de negociación colectiva.
- i)** Poner fin a la presunción de voluntad tácita colectiva en favor del empleador establecida en el artículo 373 del Código del Trabajo.
- j)** Terminar con la presunción de derecho a favor del empleador que establece el artículo 374 del Código del Trabajo.
- k)** Restringir la prohibición del derecho de huelga a los servicios esenciales en sentido estricto.
- l)** Prohibir en términos absolutos el reemplazo de los trabajadores en huelga, sin cabida para utilizar la movilidad funcional o la subcontratación.
- m)** Prohibir el reintegro individual de los trabajadores en huelga.
- n)** Reconocer los piquetes pacíficos como parte integrante del derecho de huelga.
- o)** Ampliar la procedencia del procedimiento de tutela laboral por vulneración al derecho de negociación colectiva con derecho de huelga.
- p)** Reconocer como vulneración al derecho fundamental de huelga, el despido de los trabajadores en el período inmediatamente posterior

(tres a seis meses) al ejercicio del derecho de huelga. Siendo, en consecuencia, procedente la tutela laboral.

- q)** Reconocer como vulneración a la libertad sindical, la confección de listas negras, procediendo a su respecto, el procedimiento de tutela laboral.

III. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

1. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS: DESARROLLO DOCTRINARIO

Los conceptos de eficacia y efectividad aplicados a las normas jurídicas han sido objeto de debate y han dado lugar un amplio desarrollo teórico y doctrinario.

Kelsen fue uno de los primeros teóricos en abordar el tema de la eficacia de las normas jurídicas. El autor de la Teoría Pura del Derecho enuncia la diferencia entre los conceptos validez y eficacia –empleando indistintamente los términos ‘eficacia’ y ‘efectividad’-, al sostener “que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad puede constituirse cierta relación. Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regla se le adecúa en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es obedecida, es decir, una norma que -como se suele decir- no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como norma

jurídica válida. Un mínimo de la llamada efectividad es una condición de su validez”.¹⁴⁵

Para Kelsen la validez de la norma jurídica se funda en su existencia específica, esto es, que la norma haya sido creada conforme a los mecanismos y los requisitos que el sistema jurídico ha establecido para la creación de las normas. Por su parte, la eficacia de la norma radica en el hecho de que sea realmente aplicada y obedecida, de manera que si la norma no es en absoluto aplicada ni obedecida, pierde eficacia. Por tanto, la eficacia de la norma – la ‘efectividad’ en palabras del autor- se constituye en condición del mantenimiento de su validez.

Según el jurista argentino-mexicano, Óscar Correas, el concepto de Kelsen de eficacia de las normas jurídicas, esto es, su obediencia o aplicación, implica el concepto de hegemonía de Gramsci, ya que para que haya hegemonía de un grupo social, es necesario que éste sea capaz de lograr que en la mayoría de los casos se le obedezca. De este modo, “hay hegemonía donde se compruebe que hay eficacia del derecho; la eficacia de las normas es uno de los signos de la hegemonía, uno de los datos

¹⁴⁵ KELSEN, H., Teoría Pura del Derecho, 2º edición, UNAM, 1979, p.24.

empíricos que permiten afirmar que un grupo tiene hegemonía sobre la sociedad”.¹⁴⁶

Gramsci entiende hegemonía como la acción de dirigir, hacer que otros actúen de cierta manera, radicándose esta dirección en un “grupo” en el poder y adjudicando a la ideología esta posibilidad de dirigir, de conseguir hacer. El derecho es concebido por este autor como “el aspecto represivo y regresivo de toda la actividad positiva de civilización desarrollada por el Estado”, desconectado de la ideología.¹⁴⁷

Óscar Correas corrige el pensamiento de Gramsci, precisando que si bien todas las ideologías proponen conductas, ninguna otra ideología, como el derecho, las propone describiendo expresamente las conductas requeridas para evitar la sanción.

Alf Ross, representante del realismo jurídico escandinavo, sugiere la distinción entre validez y eficacia de las normas jurídicas. Para este autor, el problema de la validez de las normas jurídicas se reduce al problema de la correspondencia entre las normas y las conductas a que aquéllas se refieren. De esta manera, una norma es válida cuando se corresponda con la acción

¹⁴⁶ CORREAS, Óscar, Kelsen y Gramsci o de la eficacia como signo de hegemonía, *Crítica jurídica*, UNAM, nº 10, 1992, p.38.

¹⁴⁷ CORREAS, Óscar, Kelsen y Gramsci o de la eficacia como signo de hegemonía, *Crítica jurídica*, UNAM, nº 10, 1992, p.41.

social respectiva, pudiendo, por consiguiente, formular un esquema de interpretación que permita comprender dicha acción como un todo coherente de significado y de motivación y así predecirla dentro de ciertos márgenes. Esta posibilidad de comprensión y de predicción se produce “cuando las normas son eficaces, es decir, efectivamente obedecidas porque son vividas como socialmente obligatorias” y por lo mismo son efectivamente aplicadas por los tribunales porque operan en el espíritu de los jueces en cuanto éstos las viven como socialmente obligatorias y por ello las obedecen”. Así, Ross concluye que la eficacia de una norma opera como un procedimiento para afirmar su validez.¹⁴⁸

Norberto Bobbio plantea la distinción entre justicia, validez y eficacia de las normas jurídicas. Este autor sostiene que la justicia de una norma se determina por su correspondencia con los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico y asimismo señala que “el problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser; norma injusta es lo que no debería ser”.¹⁴⁹ La validez de una norma jurídica, según este autor, se refiere a su existencia en cuanto tal, considerando si la norma emana de un poder legítimo para expedir normas

¹⁴⁸ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1994, p.29, 34.

¹⁴⁹ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, 5° edición, Temis, 2000, p.20.

jurídicas, si la norma no ha sido derogada y si la norma no es incompatible con otras normas del sistema. Finalmente, la eficacia de una norma jurídica se determina por su cumplimiento por parte de los destinatarios de la norma, y en caso de ser infringida que sea hecha valer por la autoridad con medios coercitivos. De este modo “la investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social”.¹⁵⁰

Hart aborda el tema de la validez y eficacia de las normas jurídicas en su obra *El Concepto del Derecho*. En ella propone que no puede hacerse depender la validez del Derecho del valor de determinadas normas o principios morales, a pesar de que reconoce que la oposición entre lo que es y lo que debiera ser es válida en el ámbito de las normas particulares, pero no debiera serlo en el ámbito del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Hart concibe la regla de reconocimiento para resolver el problema de la validez del Derecho. Partiendo de la identificación de norma válida como norma existente, orienta el problema de la fundamentación de la validez del Derecho como el establecimiento de un criterio último de identificación de todas las normas que conforman el orden jurídico. Mediante la regla de reconocimiento, este autor, determina las fuentes de producción normativa y el alcance de las reglas del sistema jurídico; a la vez de que dota de unidad y

¹⁵⁰ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, 5ª edición, Temis, 2000, p.21.

coherencia al sistema jurídico, además fija cuáles son, en un momento determinado, las obligaciones jurídicas válidas y exigibles dentro de la sociedad. Las normas no son válidas por su contenido sino porque han sido reconocidas de hecho por la sociedad de una manera contingente.

Para Hart la validez de cada norma jurídica no depende de otra sino que depende directamente de la existencia de la regla de reconocimiento. De modo, que “decir que una determinada regla es válida es tanto como reconocer que satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema”.¹⁵¹

Refiriéndose a la relación entre validez y eficacia, este autor, estima que la eficacia de un orden jurídico estriba en el hecho de que, por lo general, los destinatarios de las normas se conforman con ellas y en caso de incumplimiento, se aplican también por lo general, las sanciones previstas. Respecto de las normas jurídicas singulares, Hart, plantea que no existe relación necesaria entre validez y eficacia, a menos que la regla de reconocimiento del sistema incorpore entre sus criterios, una regla de desuso, en virtud de la cual ninguna regla ha de valer como regla del sistema si por mucho tiempo ha dejado de ser eficaz. Es así como surge la noción de

¹⁵¹ HART, H., El concepto del Derecho, 2ª edición, Editorial Nacional, México, 1980, p.129.

aceptación como fundamental ya que para que un ordenamiento jurídico exista debe ser aceptado, es decir, debe ser eficaz.

García Máynez traza una diferencia entre validez y eficacia de las normas jurídicas.¹⁵² Este autor concibe el derecho como un “orden concreto” y estima que los fenómenos jurídicos no se agotan en el ordenamiento normativo. Asimismo, sostiene que las normas jurídicas regulan la conducta posible o futura, determinando, entonces, la conducta que lícitamente se puede o debe realizar. Argumenta, este filósofo del derecho, que las normas pueden ser válidas o inválidas y que su propósito es la validez y que tal validez requiere de justificación. Así, concluye que toda norma para ser válida requiere de un fundamento de validez. Describe, luego, los distintos criterios de validez, que dan lugar a tres categorías de validez. Éstas son: validez formal, cuando el fundamento de validez descansa en que la norma haya sido creada regularmente conforme a lo exigido en una norma fundamental y en otras normas subordinadas a aquélla; validez material, en el caso de que además de haber sido creada según las exigencias de una norma fundamental y de otras subordinadas a aquélla, la norma en su contenido no contradice preceptos superiores y validez objetiva o intrínseca,

¹⁵² GARCÍA MÁYNEZ, E., “Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico” en Symposium sobre Derecho natural y axiología, México, UNAM, 1963, P.83-97.

cuando la validez depende de la bondad o justicia intrínseca de lo ordenado en la norma.

Para García Máynez, la validez implica la existencia real de la norma jurídica y la eficacia consiste en la conformación real de las conductas humanas a las normas, a través de lo que denomina “cumplimiento” o “aplicación”.

Juan Ramón Capella distingue validez, efectividad y eficacia de las normas jurídicas. Respecto de la noción de validez, este autor, sugiere la construcción de un concepto de validez apto para cualquier norma de cualquier ordenamiento jurídico, prescindiendo de la valoración que la norma o el ordenamiento jurídico merezcan desde la perspectiva de la realización de los ideales de justicia. Por ello, la validez debe ser considerada en términos internos al ordenamiento de que se trate. A partir de esta consideración, Capella, sostiene que una norma jurídica es válida cuando ha sido dictada legalmente conforme a otras normas jurídicas existentes. La eficacia de una norma jurídica, por su parte, se refiere a su efecto (regulador e ideológico) en fenómenos sociales reales. Así, una norma es eficaz cuando produce el efecto pretendido, es decir, cuando con ella se logran los propósitos perseguidos por el legislador al establecerla. Al tratar el concepto de efectividad, este autor plantea que una norma jurídica efectiva es aquella que no sólo es cumplida y obedecida por sus destinatarios, sino también y

sobre todo, aquella que produce los efectos esperables en el seno de las instituciones jurídicas, especialmente en el aparato de poder público, es decir, cuando es acatada y aplicada por las instituciones públicas, por magistrados o funcionarios.¹⁵³

Díez Picazo expone que el Derecho es experiencia, es conflicto de intereses. Para él, la norma jurídica es un mandato con eficacia social de organización. La realización de las normas jurídicas supone la aplicación del derecho. En este sentido, la existencia y validez de una norma jurídica descansa en “la pretensión de que la vida social y la realidad social se ajusten a ella: que el mandato o el imperativo sea obedecido; que el deber-ser contenido en la regla sea cumplido; que los litigios que se susciten sean resueltos o decididos de acuerdo con ella”.¹⁵⁴ Este autor señala que la efectividad de la norma jurídica depende de dos elementos: por un lado, la absorción espontánea de la norma por la vida social, esto es, que los destinatarios observen las conductas que la norma prescribe y por otro, que la norma sea de hecho aplicada por los jueces y órganos de aplicación general.

¹⁵³ CAPELLA, J.R., Elementos de Análisis Jurídico, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p.84 a 97.

¹⁵⁴ DÍEZ PICAZO, L., Experiencias jurídicas y teoría del derecho, 3º edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1999, p.209.

Jeammaud distingue los conceptos de eficacia y efectividad. Este autor explica que el concepto de eficacia alude a los fines de la autoridad legisladora y por tanto, la eficacia de las normas jurídicas se refiere al logro efectivo de los resultados perseguidos por el legislador. Asimismo señala que la efectividad de una norma jurídica es la relación de conformidad con las situaciones o comportamientos que se hallan en su ámbito de competencia. Así, la efectividad jurídica es la aplicación efectiva y real de las reglas vigentes en los casos concretos.

Este autor propone, además, distinguir entre efectividad jurídica y efectividad material. Por efectividad jurídica entiende la conformación de una situación jurídica concreta al modelo que constituye la norma. La efectividad material designa la conformidad de la situación de hecho a la situación jurídica impuesta a los destinatarios de las normas ya sea, por el cumplimiento o la aplicación de las mismas.¹⁵⁵

Habermas haciendo un análisis multifacético e integrador del Derecho, expone que no basta con que las normas jurídicas existan formalmente y puedan ser exigidas, sino que para que se cumplan las funciones para las cuales fueron creadas, es necesario que las normas puedan ser real o materialmente aplicadas, que existan las situaciones para las que fueron

¹⁵⁵ JEAMMAUD, A., En torno al problema de la efectividad del derecho, Ponencia presentada en las VII Jornadas de la Asociación Latinoamericana de Metodología de la Enseñanza del Derecho, México, noviembre 1982.

concebidas, que sus mandatos, en caso de no cumplirse voluntariamente, sean exigidos por los aparatos especiales del Estado, que se sancionen las infracciones a las prohibiciones o que se ofrezcan garantías para la realización de las prescripciones y de los derechos reconocidos. Todo ello dota a las normas jurídicas de eficacia y efectividad. Eficacia, argumenta este autor, en tanto proporcionan utilidad real en la sociedad y efectividad en cuanto existe correlación entre lo jurídicamente dicho y el hecho social, logrando la realización social del Derecho.¹⁵⁶

Carlos Cossio proclama que los juristas recurren a diversas palabras, como positividad, vigencia, eficacia, observancia, factibilidad y efectividad del derecho para aludir a su existencia. Este autor para referirse a todo lo que dice relación con la existencia del derecho, utiliza solamente los conceptos de validez y vigencia, y concluye que positividad, vigencia, eficacia, observancia, facticidad y efectividad del derecho pueden usarse como términos sinónimos puesto que todos aluden a una misma cosa.

En definitiva, como es de apreciar, la doctrina no ha podido atribuir un significado único a los conceptos de validez, eficacia y efectividad. Lo cierto es que los términos eficacia y efectividad remiten a la vinculación del derecho con la realidad social. Corresponde a la sociología jurídica el estudio de todo

¹⁵⁶ HABERMAS, J., Validez y legitimidad de la norma jurídica: ¿Qué la hace exigible? Revista Barco de papel II, etapa III, Puerto Rico, diciembre.

aquello concerniente a las relaciones entre Derecho y sociedad, siendo su principal objeto de estudio, precisamente, la eficacia del derecho.

2. CONCEPTOS DE EFECTIVIDAD Y EFICACIA

2.1. Sentido natural y obvio de los términos efectividad y eficacia

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española para el término “efectividad” señala como primera acepción ‘capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera’ y como segunda acepción ‘realidad, validez’. En cuanto al término “eficacia” el único significado que contempla, el mismo diccionario, es ‘capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera’.

Los significados de los adjetivos que dan lugar a los sustantivos abstractos “eficacia” y “efectividad” son útiles para trazar una distinción entre ambos términos.

El adjetivo “eficaz” significa ‘que tiene eficacia’; por su parte el adjetivo “efectivo” tiene como acepción ‘real y verdadero, en oposición a quimérico,

dudoso o nominal'. De este último significado conviene resaltar que "efectivo" se opone a "quimérico", cuyo significado es 'fabuloso, fingido o imaginado', se opone, también a "dudoso", cuyas acepciones son 'que ofrece duda' y 'que es poco probable, que es inseguro o eventual' y por último, se opone a "nominal" y "nominal", siempre de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, tiene como segunda acepción 'que tiene nombre de algo y le falta la realidad de ello en todo o en parte'. Por consiguiente, cuando se atribuye la calidad de efectivo a alguna cosa, se dice que esa cosa es real, es verdadera; por el contrario, cuando se atribuye la calidad de inefectivo a alguna cosa, se dice que esa cosa no es real, no es verdadera, más aun que es fingida, que ofrece duda, que es poco probable, insegura o eventual y que tiene nombre de algo y le falta la realidad de ello en todo o en parte. Asimismo, al atribuir el adjetivo eficaz a alguna cosa, se declara que esa cosa tiene eficacia, por tanto, que tiene la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera.

2.2. Concepto de eficacia de las normas jurídicas

Tomando el análisis semántico como punto de partida, una norma jurídica es eficaz cuando tiene la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. Este sentido es el que atribuyen a eficacia los autores que distinguen eficacia y efectividad de las normas jurídicas. Para Capella la

eficacia de una norma jurídica se refiere a su efecto regulador e ideológico en fenómenos sociales reales, de modo tal que la norma es eficaz cuando con ella se logran los propósitos perseguidos por el legislador al establecerla. Jeammaud, entiende que la eficacia se revela fuera del orden jurídico mismo, en consideración de un objetivo o de resultados del campo socioeconómico, político o ético.

Coincidente es la acepción que la Economía da a “eficacia” entendiendo que es el grado de cumplimiento de los objetivos explícita o implícitamente perseguidos por medio del correspondiente plan o programa de actuación, sin considerar la economía de medios utilizados para su consecución.

En definitiva, la eficacia se asocia al logro o cumplimiento de fines u objetivos deseados. La eficacia de la norma jurídica, entonces, alude al logro de los efectos perseguidos por el legislador al establecerla.

2.3. Concepto de efectividad de las normas jurídicas

Los autores que utilizan el término “efectividad” y lo distinguen de “eficacia”-Capella, Jeammaud, Díez Picazo- refieren la efectividad de una norma jurídica, precisamente, a su cumplimiento, acatamiento, observancia por parte de los destinatarios y a su aplicación por parte de los órganos

públicos, principalmente por los tribunales. Esta concepción recoge el contenido semántico de “realidad”, “verdad” y “seguridad”. Si la norma jurídica no es cumplida, acatada u observada por sus destinatarios ni aplicada por las autoridades públicas no alcanza a ser real, verdadera ni segura.

La efectividad en su acepción de realidad, en oposición a nominal, sugiere su oposición con apariencia. Una norma jurídica es inefectiva, además, cuando el derecho que ella establece es aparente, esto es, parece tal y no lo es, tiene nombre de tal y le falta la realidad de ello, en todo o en parte. Esta apariencia resulta de que la norma jurídica no asegura el ejercicio del derecho que ella establece, en cuanto no se concreta en la realidad.

En conclusión, la efectividad de la norma jurídica estriba en su cumplimiento, acatamiento y observancia por los destinatarios y a su aplicación por los órganos públicos. Por otra parte, la efectividad de la norma jurídica se asienta en la efectividad del derecho que ella establece y reconoce. La efectividad del derecho establecido y reconocido por la norma jurídica remite a su ejercicio y realización.

3. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

3.1. Eficacia del derecho de huelga

Entendida la eficacia de la norma jurídica como la capacidad de producir los efectos perseguidos por el legislador al establecerla y la consecución de sus fines, la eficacia del derecho de huelga, entonces, sólo puede ser medida a partir de la aptitud de su contenido normativo para el logro de su objeto. Por consiguiente, es preciso determinar cuál es el objeto del derecho de huelga, esto es, cuál es el interés jurídico que protege.

El interés jurídicamente protegido por el derecho de huelga es la legitimación de un medio para la afirmación y defensa de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos y laborales. El derecho de huelga, luego, es concebido como un derecho subjetivo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades que lo dotan de fisonomía propia, que lo hacen reconocible y que son absolutamente necesarias para la real protección y concreta satisfacción del interés para cuya consecución el derecho se otorga.

La esencia del derecho de huelga consiste en la facultad de los trabajadores de cesar sus actividades, de interrumpir la producción de bienes y servicios, quedando suspendido temporalmente el contrato de trabajo.

La eficacia del derecho de huelga depende de que la normativa que lo regule garantice su contenido esencial –la paralización de actividades, la interrupción de la producción de bienes y servicios- de modo tal que se concrete como un instrumento de los trabajadores para la promoción y defensa de sus intereses.

3.2. Efectividad del derecho de huelga

La efectividad de la norma jurídica concebida como realidad, como el cumplimiento, acatamiento y aplicación del derecho subjetivo reconocido por ella, supone que el derecho subjetivo y el ejercicio de las facultades que integran su contenido esencial se muestran como la eficacia de la norma jurídica en concreto. Por tanto, el derecho subjetivo constituye la efectividad de la norma jurídica que lo establece y el ataque al contenido esencial del derecho subjetivo lleva implícito el quebrantamiento de la norma jurídica.

La efectividad del derecho de huelga, en consecuencia, está condicionada por la necesaria concreción en la realidad del ejercicio de las

facultades que constituyen su contenido esencial y que son indispensables para la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores.

No hay, entonces, derecho de huelga efectivo si se anula su contenido esencial, neutralizando su efecto de interrumpir la producción de bienes y servicios.

El mayor problema se suscita cuando la destrucción del contenido esencial del derecho de huelga proviene de la ley que lo regula porque esta anulación coactiva repercute en su eficacia. El legislador está obligado a garantizar el contenido esencial y mínimo del derecho de huelga al establecer restricciones a su ejercicio, considerando que cualquier límite que se imponga pone en riesgo su identidad. Las restricciones que el legislador determine al ejercicio del derecho de huelga deben ser justificadas y no deben vaciarlo de su contenido esencial.

Pugna contra la efectividad del derecho de huelga toda norma dirigida a asegurar la continuidad de servicios en la empresa en que la que tiene lugar la huelga. Así, el reemplazo de los trabajadores en huelga, los servicios mínimos para el mantenimiento de la producción de bienes y servicios hacen inefectivo el derecho de huelga.

Un derecho de huelga cuyo contenido normativo no garantice su esencia es inefectivo, nominal o aparente pues no puede tener concreción en

la realidad. En consecuencia, ese contenido normativo es ineficaz ya que no otorga protección al interés jurídicamente tutelado por el derecho de huelga, la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores y por lo mismo no es cumplido por sus destinatarios.

IV. CONCLUSIÓN FINAL

El Ejecutivo al exponer los objetivos del Proyecto de Ley que Moderniza las Relaciones Laborales declara que la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores, un medio legítimo de defensa de sus intereses reconocido explícita e implícitamente en la legislación nacional y en los tratados de derechos humanos. Agrega, además que nuestra normativa contempla figuras que hacen “ineficaz” este instrumento, al otorgar la facultad al empleador de reemplazar a los trabajadores durante el ejercicio de la huelga y al permitir que los trabajadores involucrados en ella se reintegren individualmente a sus funciones, limitando así el ejercicio real y “efectivo” de la voluntad colectiva.

Continúa el Mensaje de esta iniciativa legal señalando con el objeto de que la huelga sea un instrumento “eficaz” que acoja los principios de libertad sindical impulsados por la OIT, se propone eliminar la facultad del empleador de reemplazar los puestos de trabajo de los trabajadores en huelga.

Así, el Mensaje de esta propuesta legislativa recoge las opiniones que por años y desde distintos ámbitos (organizaciones de trabajadores, voces académicas, organismos internacionales) han manifestado que “en Chile no hay un efectivo derecho a huelga”, “el derecho de huelga en Chile tiene una

nula efectividad”, “el derecho de huelga en Chile es ineficaz” o que “el derecho de huelga carece de eficacia en Chile”.

La interrogante que surge es si el derecho de huelga en Chile es eficaz y efectivo. Éste era el punto de partida de la presente tesis, determinar si nuestra legislación se limita a un reconocimiento meramente formal del derecho de huelga o si por el contrario, garantiza su pleno ejercicio.

La eficacia del derecho de huelga, como se ha planteado, remite a su aptitud para la satisfacción de su objeto, esto es, la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores. El derecho de huelga, desde antes de ser reconocido como derecho subjetivo, recogido y regulado por el legislador, incorpora la cesación de actividades por parte de los trabajadores, la interrupción de la producción de bienes y servicios como elemento esencial y distintivo. A través de este contenido esencial se materializa la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores.

El reconocimiento del derecho de huelga con rango legal o constitucional supone que el legislador ha decidido que merece tutela jurídica la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores. Habiendo optado por otorgar esta protección, se entiende que el contenido normativo que establecerá el legislador será apto para la satisfacción del interés jurídicamente tutelado por este derecho.

El fin perseguido, en consecuencia, por el legislador al establecer el derecho de huelga es la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores y su eficacia, entonces, se verifica cuando se produce ese pretendido efecto.

El problema que se suscita en Chile respecto de la eficacia del derecho de huelga radica en que tanto el constituyente como el legislador cívico-militar aún reconociendo el derecho de huelga –implícitamente- no pretendían la real promoción y defensa de los intereses de los trabajadores. Existía una desconexión entre el objeto intrínseco del derecho de huelga y los fines perseguidos al regular su ejercicio.

El propósito, definido políticamente, del legislador y del constituyente de los años 1979 y 1980 no era dotar a los trabajadores de un derecho al servicio de la igualdad material, sino establecer un ordenamiento jurídico funcional a un modelo económico neoliberal impuesto también en esa época. En ese contexto, los principios inspiradores de la normativa laboral en materia de derechos colectivos eran, entre otros, la libertad de empresa, la propiedad privada y la libertad de contratación. Así, el contenido normativo del derecho del trabajo se elaboró para restringirlo al máximo, imponiendo obstáculos a su ejercicio y reduciendo y neutralizando sus efectos.

En este sentido, se puede decir que el derecho de huelga es eficaz para el propósito del legislador del Plan Laboral, pero no lo es para la satisfacción del interés protegido por este derecho, que como se ha dicho, es la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores y que se realiza en la medida que la legislación no rebasa su contenido esencial y mínimo: la paralización de la producción de bienes y servicios por el cese de labores de los trabajadores.

El derecho de huelga, por lo mismo, además es inefectivo. La legislación colectiva laboral impuesta por el Plan Laboral, buscó deliberadamente restringir los alcances del derecho de huelga a través del establecimiento de un contenido normativo que impide su concreción en la realidad, como se comprobó al analizar el régimen legal del derecho de huelga. Basta remitirse a las diversas disposiciones del Código del Trabajo que se erigen como obstáculo para la procedencia y ejercicio de la huelga (ámbito objetivo y subjetivo, votación, convocatoria de la votación, quórum de aprobación de la huelga, buenos oficios) y a aquellas normas que neutralizan los efectos del ejercicio del derecho de la huelga (reemplazo, descuelgue, equipos de emergencia, lock-out, reanudación de faenas).

La inefectividad del derecho de huelga en nuestra legislación se traduce en la existencia de una huelga sin paralización en la producción de

bienes y servicios y por tanto, ineficaz para el logro de su objeto, la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores.

Siendo inefectivo el derecho de huelga la normativa que lo establece no es cumplida por sus destinatarios. De ello da cuenta la alta incidencia en nuestro país de huelgas ilegales y de que nuestra jurisprudencia más avanzada haya debido buscar alternativas para dotar de efectividad al derecho de huelga.

En suma, en Chile, no obstante, estar reconocido el derecho de huelga con rango constitucional, carece de efectividad y por consiguiente, de eficacia.

El reconocimiento constitucional de la huelga como un derecho fundamental impone a todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) el mandato no sólo de prohibir menoscabar su contenido esencial, sino además optimizar su eficacia en todo lo que jurídicamente les sea posible. El esfuerzo legislativo impulsado recientemente por el Ejecutivo para modificar el modelo de las relaciones colectivas del trabajo sólo adquiere sentido si se dirige a satisfacer este mandato.

La tarea emprendida por el Proyecto de Ley que Moderniza las Relaciones Laborales en aras de dotar de eficacia al derecho de huelga debe necesariamente abordar su efectividad, fijando un contenido normativo que

no rebase su contenido esencial y otorgando la debida protección a este derecho.

La finalidad declarada en el Mensaje de esta iniciativa de que la huelga constituya un instrumento eficaz queda frustrada pues circunscribe el ejercicio del derecho de huelga al ámbito de la negociación colectiva reglada, contempla servicios mínimos a todo evento y prevé la reanudación de faenas bajo supuestos abiertos y a petición de la empresa en que tiene lugar la huelga.

Si existe la voluntad política de imponer un orden social más justo y equitativo, es preciso establecer un ordenamiento jurídico que permita concretar las transformaciones indispensables para una sociedad democrática, justa y equitativa. En la construcción de ese ordenamiento jurídico es fundamental el principio de igualdad material, que tiende a una equiparación real y efectiva de las personas considerando su posición real en la sociedad. La huelga es, precisamente, un derecho al servicio de la igualdad material en tanto cumple el objetivo de elevar la posición de los trabajadores, situados continuamente en desventaja socioeconómica y de subordinación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel, Derecho del trabajo, 13°ed., Madrid, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho.

ALONSO GARCÍA, Manuel, 1973. Curso de derecho del trabajo, 4°ed., Barcelona, Ariel.

ALESSANDRI R. Arturo, SOMARRIVA U. Manuel, VODANOVIC H. Antonio, 1998. Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.65.

BARROS BOURIE, Enrique, 1999. "Introducción a la doctrina del abuso de derecho. Límites a los derechos subjetivos privados", Revista Derecho y Humanidades, Universidad de Chile. 7.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley: Constitución Política de la República de 1980. Actas oficiales de la Comisión

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Actas de la Junta de Gobierno: Decreto Ley nº 2.758 sobre Negociación Colectiva.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO. Historia de la Ley nº 19.069 sobre Organizaciones Sindicales y Negociación Colectiva.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO. Ley nº 19.759 que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica.

CHILE. Ley nº 19.759 que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica, 2001

BOBBIO, N., Teoría General del Derecho, 5º edición, Temis, 2000, p.20 y 21.

BOLETÍN Nº 9835-13, 29 de diciembre de 2014. Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales. Consultado en http://camara.cl/pley/pley_buscador.aspx.

BOLIVIA. Ley General del Trabajo.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo y UGARTE CATALDO, José Luis. Negociación colectiva y libertad sindical, Legal Publishing, Chile, 2008.

CABANELLAS, Guillermo, 2002. Compendio de Derecho Laboral, t.II, 4° ed., Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., p.274, 308.

CAPELLA, J.R., Elementos de Análisis Jurídico, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p.84 a 97.

CHILE. Código del Trabajo.

CHILE. Constitución Política de la República.

CHILE. Decreto Ley n° 2.758 sobre Negociación Colectiva, 1979.

CHILE. Ley n° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

CHILE. Ley n° 18.834 que aprueba el Estatuto Administrativo

CHILE. Ley n° 18.883 que aprueba Estatuto Administrativo para funcionarios municipales.

CHILE. Ley n° 19.069 sobre Organizaciones Sindicales y Negociación Colectiva, 1991.

CHILE. Ley n° 19.759 que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica, 2001.

COLOMBIA. Código Sustantivo del Trabajo.

CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen n° 37.849, 2008.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen n° 11.512, 2009.

COROMINAS, J., 1990. Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, Madrid, Gredos.

CORREAS, Óscar, Kelsen y Gramsci o de la eficacia como signo de hegemonía, *Crítica jurídica*, UNAM, n° 10, 1992, p.38 y 41.

DE LA CUEVA, Mario, 1961. Derecho mexicano del trabajo, 4° ed., México, T.II, 1961, p.788.

DÍEZ PICAZO, L., Experiencias jurídicas y teoría del derecho, 3° edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1999, p.209.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Compendio de Series Estadísticas 1990-2006.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen n° 3069/0153, 14 de febrero de 2001.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen n° 845/24, 28 de febrero de 2005.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen n° 3356/050, 01 de septiembre de 2014.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Encuesta Laboral, ENCLA 2011.

ECUADOR. Código del Trabajo.

ERMINDA URIARTE, Óscar, 1996. Apuntes sobre la huelga, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2° Edición, p.35.

FERNÁNDEZ, H., “Derecho de huelga y medios de composición de los conflictos colectivos de trabajo”, Relaciones Laborales, n° 10, Uruguay, 1996, p.75.

GARCÍA MÁYNEZ, E., “Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico” en Symposium sobre Derecho natural y axiología, México, UNAM, 1963, P.83-97

GUZMÁN ERRÁZURRIZ, Jaime, “Seguridad Nacional en la Constitución de 1980”, Revista de Derecho Público. Universidad de Chile n°37-38, Vol. 1985, p.49.

HABERMAS, J., Validez y legitimidad de la norma jurídica: ¿Qué la hace exigible? Revista Barco de papel II, etapa III, Puerto Rico, diciembre.

HART, H., El concepto del Derecho, 2ª edición, Editorial Nacional, México, 1980, p.129.

IRURETA URIARTE, Pedro, 2006. “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 n°16 de la Constitución chilena”. Colección de Investigaciones Jurídicas. UAH N°9, p.188.

JEAMMAUD, A., En torno al problema de la efectividad del derecho, Ponencia presentada en las VII Jornadas de la Asociación Latinoamericana de Metodología de la Enseñanza del Derecho, México, noviembre 1982.

JOSSERAND, L., 1982. Del abuso de derecho y otros ensayos, 1° edición, Editorial Temis, Bogotá.

KELSEN, H., Teoría Pura del Derecho, 2° edición, UNAM, 1979, p.24.

KROTOSCHIN, Ernesto, "Instituciones del Derecho del Trabajo", t.II, 1948, p.177.

LÓPEZ, Justo, La huelga como acto jurídico colectivo, Legislación del Trabajo TXX-A, 1972, p.8, Buenos Aires

MEDINA, C., "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en MEDINA, C. y MERA, J., *Sistema jurídico y Derechos Humanos*; Cuadernos de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales n° 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p.64.

MÉXICO. Ley Federal del Trabajo.

OEA. Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1948.

OEA. Carta Democrática Interamericana, 2001.

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

OIT, Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización del Trabajo, Ginebra, 5° edición revisada, 2006.

OIT. Convenio N° 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948.

OIT. Convenio N° 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949.

OIT. Convenio N° 151 sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, 1978.

OIT. Convenio n° 154 sobre la Negociación Colectiva, 1981.

OIT, Estudio general de las memorias sobre el Convenio n° 87 y el Convenio n° 98 elaborado por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III: Libertad sindical y negociación colectiva.

OIT, Principios de la O.I.T. sobre el derecho de huelga. Ginebra, 2000.

OIT. Recomendación n° 91 sobre los contratos colectivos, 1951.

ONU. Carta de Naciones Unidas, 1945.

ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General. 1948.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General. 1966.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General. 1966.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel – Álvarez De la Rosa, Manuel, 2000. Derecho del Trabajo, Colección CEURA, Madrid, 8° ed., p 276.

PARAGUAY. Código del Trabajo.

PERÚ. Decreto Ley nº 25.593 sobre Relaciones Colectivas de Trabajo.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, 1998. Los Principios del Derecho del Trabajo, 3° edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 284

RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho, 6° ed., México. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998 p.157.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2012. Diccionario de la lengua española (22ª ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.

RIVA SANSEVERINO, Dirittosindicale, Torino, Unione Tipografico-EditriceTorinese, 1964, p.446.

ROSS, A., Sobre el derecho y la justicia, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1994, p.29, 34.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile, 2000, Santiago, p.102.

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, 2008. Informe anual sobre derechos humanos en Chile, *La huelga como derecho fundamental*.

VENEZUELA. Ley Orgánica del Trabajo.

VIAL, Víctor: Teoría general del acto jurídico, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, 2007, p.31